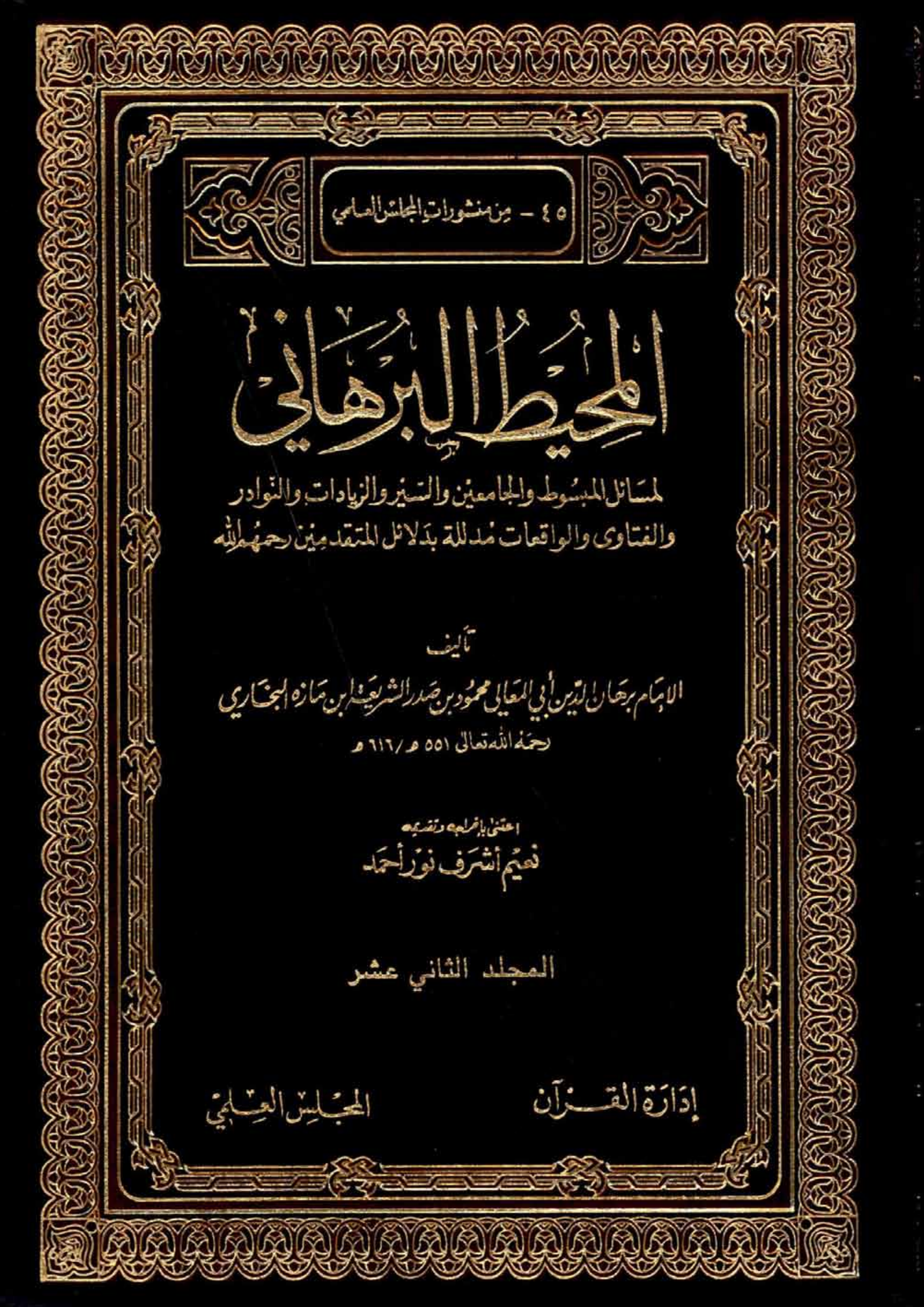

٤٥ - من منشورات المجلس العلمي
المحيط البرهاني
لمسائل المبسوط والجامعين والسير والزيادات والنوادر
والفتاوى والواقعات مدللة بدلائل المتقدمين رحمهم الله
تأليف
الامام برهان الدين أبي المعالي محمود بن صدر الشريعة ابن مازه البخاري
رحمه الله تعالى ٥٥١ هـ / ٦١٦ هـ
اعتنى بإخراجه وتصحيحه
نعيم أشرف نور أحمد
المجلد الثاني عشر
إدارة القرآن
المجلس العلمي

المحيط البرهاني

أول طبعة كاملة في العالم الإسلامي

سنة ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م

إدارة القرآن والعلوم الإسلامية

* ٤٣٧ دي گاردن إيست لسبيله كراتشي ٧٤٥٥٠ باكستان
الهاتف: ٧٢١٦٣٨٨ فاكس: ٧٢٢٣٦٨٨-٠٠٩٢٢١
* اردو بازار، ايم اے جناح روڈ كراتشي تلفون: ٢٦٢٩١٥٧
* H-8/1إستريت 3 مقابل الشفاء إنترنيشنل هاسپتل، إسلام آباد

المجلس العلمي

P. O. Box: 1, Johannesburg 2000, South Africa.
E-mail: wii@global.co.za

At Post Simlak
Dist. Navsari
Gujrat 396415,
India.

Al-Madina Garden
Jamshed Road # 2
Karachi 74800,
Pakistan.

طبع في مؤسسة نزيه كركي ــ بيروت ــ لبنان

الموزع بالمملكة مكتبة الرشد الرياض، السعودية

الفصل السادس والعشرون
فى استئجار الدواب

١٣٩٧٧-قال محمد رحمه الله فى "الأصل" : إذا تكارى الرجل من رجل إبلا مسماة بغير أعيانها من الكوفة إلى مكة، فالإجارة جائزة، وقال الشيخ الإمام الزاهد خواهر زاده رحمه الله : ليس تفسير المسألة أنه استأجر إبلا بغير أعيانه؛ لأن استئجار إبل بغير أعيانها لا يجوز لجهالة المعقود عليه، ألا ترى أنه لو استأجر عبداً للخدمة لا بعينه لا يجوز، وإنما لا يجوز لمكان جهالة المعقود عليه، وإنما تفسير المسألة أن يتقبل المكارى الحمل، فيقول له المستكرى : احملنى إلى مكة بكذا على إبل، فيكون المعقود عليه الحمل فى ذمة المكارى، وأنه معلوم، والإبل آلة الحمل، وجهالة الآلة لا توجب فساد الإجارة، كما فى الخياط والقصّار، وما أشبه ذلك.

قال الصدر الشهيد رحمه الله : ونحن نفتى بالجواز، كما ذكر فى الكتاب، وتفسير ذلك ما قلنا، وصار ذلك معتاداً حتى لو لم يكن كذلك لا يجوز.

١٣٩٧٨-وفى الفتاوى : إذا تكارى دابة إلى موضع معلوم بأربعة دراهم على أن يرجع فى يومه ذلك، فلم يرجع إلى خمسة أيام، قال : يجب درهمان أجرة الذهاب؛ لأنه مخالف فى الرجوع.

١٣٩٧٩-إذا استأجر بعيراً إلى مكة، فهذا على الذهاب دون المجىء، وفى العارية على الذهاب والمجىء؛ لأن فى الإجارة مؤنة الرد على المؤاجر، والعارية مؤنة الرد على المستعير.

١٣٩٨٠-وفى "الأصل" : رجل تكارى دابتين من رجل صفقة واحدة على أن يحمل عليهما عشرين مختوماً، فحمل على كل واحدة منهما عشرة مخاتيم، قال : يقسم الأجر على أجر مثل كل دابة منهما، ولا ينظر إلى مما حمل عليهما؛ لأن أجر الدابة على قدر سيرها وقوتها وسرعتها وإبطاءها.

وإذا تكارى قوم مشاة إبلا على أن المكارى يحمل عليه من مرض منهم، أو من أعيا منهم، فهذا فاسد؛ لأن الراكب مجهول.

في "الأصل" أيضًا: ولو شرطوا عليه عقبة الأجير، وتفسيرها: أن يركب واحد منهم، ثم ينزل، ثم يركب الآخر، ثم ينزل، فذلك جائز؛ لأن الراكب معلوم.

١٣٩٨١-وإذا آجر الرجل دابة إلى الجبّانة، أو إلى الجنازة، فهذا لا يجوز، قالوا: إنما لا يجوز إلى الجبانة في بلدة لأهلها جبّانتان، إحداهما قريبة، والأخرى بعيدة، ولا يدرى إلى أيهما آجر، أما إذا كانت جبّانة واحدة يجوز، وتقع الإجارة على أول حدود من تلك الجبّانة، كما لو استأجر دابة من محلة إلى محلة، وفي الجنازة إنما لا يجوز إذا كان المصلى اثنين أو ثلاثة، ولا يدرى إلى أيهم آجر، أما إذا كان المصلى وحدا أو أكثر إلا أنه يعلم أنه إلى أيهم آجر يجوز.

١٣٩٨٢-وإذا استأجر دابة ليستتبع عليها رجلا، أو ليلقى عليها رجلا لا يجوز؛ لأن المعقود عليه في الدابة إنما يصير معلومًا، إما ببيان مدة معلومة إذ كان الركوب مستغرقًا جميع المدة، أو بتسميته مكان معلوم، ولم يوجد واحد منهما، أما المدة فظاهر، وأما المكان فلأنه لم يذكر أنه إلى أي مكان يستتبعه، وفي أيّ مكان يلقاه، فبقى المعقود عليه مجهولا، فهذه جهالة توقعهما في المنازعة، فلهذا لا يجوز.

١٣٩٨٣-ومن هذا الجنس: إذا استأجر دابة من رجل كل شهر بعشرة على أنه متى بدا له من ليل أو نهار حاجة ركبها، فإن كان سمّى بالكوفة ناحية من نواحيها، فهو جائز، وإن لم يسم مكانًا لا يجوز؛ لأن المعقود عليه مجهول؛ لأن المعقود عليه في الدابة لا يصير معلومًا ببيان المدة إذا لم يكن الركوب مستغرقًا جميع المدة، وإنما يصير معلومًا ببيان المكان، فأما إذا استأجر يومًا ليقضى به حوائجه في المصر، فهو جائز، وإن لم يبين مكانًا؛ لأن الركوب ههنا مستغرق جميع المدة، فهو بمنزل ما لو استأجر رجلا يومًا للخدمة، أو للخياطة وذلك جائز.

١٣٩٨٤-وإذا تكارى الرجل دابة من رجل على أن يركب مع فلان [يستتبعه][1] إلى مكان معلوم، حتى جازت الإجارة، فحبسها من الغد إلى انتصاف النهار، ثم بدا

---

(١) هكذا في الأصل، ف، م، وكان في ظ "يشيعه".

للرجل أن لا يخرج ، فردّ الدابة عند الظهر ، فلا أجر لعدم تمكنه من استيفاء المعقود عليه فى المكان الذى أضيفت إليه العقد ، وهل يضمن هذا الحبس إن حبسها قدر ما يحبس الناس لانتظار خروج ذلك الرجل ، لا يضمن ، وإن كان أكثر من ذلك يضمن ؛ لأن المالك لم يأذن بحبس لا يستوجب[1] الأجر به ، لكن قدر ما يحبس الناس لخروج ذلك الرجل يحتاج إليه ، فصار ذلك مستثنى عرفًا ، وبقى ما وراءه على أصل القياس .

١٣٩٨٥-وإذا تكارى الرجل دابة من الكوفة ليركبها إلى مكة ، أو إلى مصر آخر ، كان له أن يبلغ بها بمنزله ، سواء استأجرها للركوب أو للحمل ، وهذا استحسان ، والقياس أن يقال : كما نتهى إلى أول حدود تلك البلدة تنتهى الإجارة ، وجه القياس : أن الإجارة وقعت إلى كوفة لا إلى منزله ، فإذا انتهى إلى أول حدود الكوفة وجب أن تنتهى الإجارة ، كما لو استأجر فى المصر من محلة إلى محلة ، ومنزل المستأجر فى المحلة المشروط إليها ، فإنه ينتهى الإجارة إذا انتهى أو تلك المحلة ، ولا يبلغ بها منزله ، كذا ههنا .

وجه الاستحسان : أن العرف الظاهر فيما بين الناس أن من استأجر دابة إلى مصر ، أو قرية أنه يبلغ به منزله ، وكذلك فى الأحمال العرف فيما بين الناس أنهم يبلغون حمولاتهم إلى منازلهم وحوانيتهم ، والعرف كالمشروط ، وهذا العرف معدوم فى المحلة ، والمعنى فى ذلك أنه ربما تكون المسافة من المحلة المشروط إليها إلى منزل المستأجر أضعاف ما يكون فيما بين المحلتين ، ويقبح أن يستأجر الرجل دابة إلى موضع ويدخل فى الإجارة أضعاف ما ورد عليه الإجارة ، أو نقول : هذا العرف فيما بين الناس إذا كانت الزيادة على المكان المشروط دونه ، أما لا عرف فيما إذا كانت الزيادة فوقه أو مثله ، فيرد هذه الزيادة إلى ما يقتضيه القياس .

١٣٩٨٦-وإذا استأجر دابة للحمل ، فله أن يركبه ، وإذ استأجرها للركوب لم يكن له أن يحمل عليها ، وإذ حمل عليها لا يستحق الأجر ، والفرق أن اسم الحمل يقع على الركوب ، يقال : حمل فلان فلانًا على دابته إذا ركبه ، وإذا كان اسم الحمل يقع على الركوب ، دخل الركوب تحت اسم الحمل ، أما اسم الركوب لا يقع على الحمل ، ولهذا لا يقال : فلان ركب دابته إذا حمل عليها ، وإنما يقال : حمل ، فلايدخل الحمل تحت اسم

---

(١) وكان فى الأصل " لا يوجب " .

الركوب.

١٣٩٨٧ -وفى الفتاوى : إذا استأجر دابة يحمل عليها، فحمل عليها رجلا، لايضمن؛ لأنه أخف، وإذا استأجر دابة يطحن عليه كل شهر بعشرة دراهم، ولم يسمّ كم يطحن عليها كل يوم، فالإجارة جائزة إذا سمّى ما يطحن؛ لأنه إذا سمّى ما يطحن فالإجارة وقعت على عمل معلوم إلا أنه لم يبين مقدار العمل وبيان مقدار العمل بعد بيان جنس العمل ليس بشرط أن يطحن عليها مقدار ما تحتمل الدابة نطيق، وما يطحن مثلها قدرًا فى العرف، وهو نظير ما لو استأجرها ليحمل عليها الحنطة، ولم يبين مقدار ما يحمل، فإنه يجوز على ما ذكره شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله، وله أن يحمل عليها قدر ما يحتمل، كذا ههنا.

١٣٩٨٨ -وإذا تكارى دابة من رجل إلى بغداد على أن يعطيه الأجر إذا رجع من بغداد، فمات المستأجر ببغداد، ولم يرجع منها، كان للمكارى أن يأخذ أجر الذهاب من تركته؛ لأن أجر الذهاب قد وجب بالذهاب إلى بغداد، إلا أن المكارى كان لا يطالبه بذلك قبل الرجوع؛ لأنه ضرب لذلك أجلا، وهو قدر رجوعه من بغداد، فإذا مات فقد حلّ الأجل، فكان له المطالبة بذلك، كما فى سائر الديون المؤجلة، إذا مات من عليه قبل حلول الأجل -والله أعلم.

الفصل السابع والعشرون
فى مسائل الضمان بالخلاف والاستعمال والضياع والتلف وغير ذلك

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

نوع منه:

١٣٩٨٩-قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير": رجل استأجر حماراً بسرج، فنزع ذلك السرج، وأسرجه بسرج يسرج بمثله الحمر، فلا ضمان عليه.

فى "الأصل": فيما ذكر من جنس هذه المسائل أن المستأجر إذا خالف فيما شرط من الحمل على الدابة، ينظر إن كان الجنس واحدًا، وضرر الثانى أقل من ضرر المشروط، أو مثله، فلا ضمان؛ لأن الجنس إذا كان واحدًا، وقد استوى الضرران، أو كان ضرر الثانى أقل لم يوجد الخلاف إلا من حيث الصورة، والخلاف من حيث الصورة لا يكفى لوجوب الضمان.

وإن كان ضرر الثانى أكثر من ضرر المشروط، لم يجب الضمان بقدر الزيادة؛ لأنه فى الزيادة خالف صورةً ومعنًى، وإن كان الجنس مختلفًا، يجب ضمان كل الدابة، ولا تعتبر فيه قلة الضرر ولا كثرته؛ لأن هذا خلاف صورةً ومعنًى؛ لأن هذا الجنس لم يدخل تحت العقد أصلا، وصار الحال فيه بعد العقد كالحال قبله.

بيان هذا الأصل فى تخريج[1] المسائل: إذا استأجر دابة ليحمل عليها حنطة بكيل معلوم إلى مكان معلوم، فحمل عليها شعير بمثل ذلك الكيل إلى ذلك المكان، وهلك الدابة لا يضمن؛ لأن الشعير بمثل ذلك الكيل من الحنطة يكون أخف على الدابة من الحنطة، فهذا خلاف صورة لا معنى.

وإن كان الشعير بمثل وزن الحنطة، وباقى المسألة بحالها، يضمن؛ لأن الشعير

(١) هكذا فى الأصل وف، وكان فى "ظ" و"م": تخرج.

بوزن الحنطة يكون أكثر كيلا من الحنطة، فيأخذ من ظهر الدابة أكثر مما يأخذ الحنطة، فيكون هذا خلافًا صورةً ومعنًى.

١٣٩٩٠-وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في شرح كتاب العارية: إذا استعار دابة ليحمل عليها كذا من الحنطة، فحمل عليها مثل ذلك الوزن من الشعير، أو السمسم أو الأرز أنه يضمن قيمتها، وذكر شيخ الإسلام رحمه الله في شرحه: أنه لا يضمن استحسانًا، وهو الأصح؛ لأن ضرر الشعير مثل ضرر الحنطة في حق الدابة عند استواءهم وزنًا؛ لأنه يأخذ من موضع الحمل من ظهر الدابة أكثر مما يأخذ الحنطة، فكان داخلا تحت الإذن، وبه كان يفتي الصدر الشهيد رحمه الله.

ولو استأجرها ليحمل عليها عشرة أقفزة شعير، فحمل عليها خمسة أقفزة حنطة ضمن قميتها، وقيل: فيه روايتان، وإذا استأجر دابة ليحمل عليها شعيرًا بكيل معلوم، فحمل عليها حنطة بمثل ذلك الكيل، ضمن قيمتها؛ لأن الحنطة بمثل كيل الشعير يكون أثقل على الداب من الشعير، فيكون ضررها أكثر، فكان خلافًا صورةً ومعنًى، وإن كان بمثل وزن الشعير لايضمن.

فرق بين هذه المسألة وبين ما إذا استأجرها ليحمل عليها عشرة أقفزة شعير، فحمل عليها أحد عشر قفيزًا ممن شعير، حيث يضمن جزءً من أحد عشر جزءً من قيمتها إذا كانت الدابة مما تقوى على حمل أحد عشر قفيزًا، وفيما إذا حمل عليها حنطة بمثل كيل الشعير، قال: يضمن جميع قيمتها؛ لأن هناك المحمول عليه من جنس المسمّى، فإنما هلكت الدابة بثقل[1] أحد عشر قفيزًا، أو عشرة منها مأذون فيه، والحادي عشر ليس بمأذون فيه، فيضمن بذلك المقدار، أما ههنا بخلافه.

١٣٩٩١-وإذا استأجر الرجل ليحمل عليها حنطة، أو شعيرًا بوزن معلوم، فحمل عليها لبنًا، أو رملا، أو حديدًا بمثل وزن الحنطة أو الشعير، ضمن؛ لأن الحنطة، أو الشعير يبسط على ظهر الدابة، والحديد والرمل واللبن يجتمع في مكان واحد، فيكون أدق لظهر الدابة، فيكون خلافًا صورةً ومعنًى.

وكذلك إذا حمل عليها تبنًا، أو حطبًا، أو قطنًا بمثل ذلك وزنًا، ضمن؛ لأن التبن

(١) هكذا في ظ وف، وكان في الأصل وم "بنقل".

والحطب والقطن يأخذ من ظهر الدابة من غير موضع الحمل، فيكون أشق على الدابة، فيكون خلافًا.

ولو استأجر ليحمل عليها تبنًا، أو حطبًا، أو قطنًا، أو رملا، أو حديدًا، أو لبنًا، فحمل عليها حنطة أو شعيراً بمثل وزن هذه الأشياء لا يضمن؛ لأن ضرر الحنطة والشعير دون ضرر هذه الأشياء؛ لأنهما لا يأخذان من ظهر الدابة شيء من غير موضع الحمل، وفي موضع الحمل يبسطان، فيكون حملهما أيسر على الدابة، فيكون خلافًا صورةً لا معنًى.

نوع آخر:

١٣٩٩٢-وإذا استأجر الرجل من آخر دابة ليحمل عليه عشرة مخاتيم حنطة، فحمل عليها أحد عشر مختومًا، فعطبت الدابة من ذلك بعد ما بلغت المكان المشروط، فعليه الأجر كاملا، ويضمن جزءً من أحد عشر جزء من قيمة الدابة، أما عليه الأجر كاملا؛ لأنه استوفى المعقود عليه وزيادة، ولم يملك شيئًا من المستأجر، فكان عليه الأجر كملا[1].

١٣٩٩٣-كما لو استأجر داراً ليسكن فيها، فأسكن فيها حدّاد أو قصّارًا، ولم ينهدم شيء من الدار من عمله، فإن عليه الأجر كملا، كذا ههنا.

وإنما قلنا: استوفى المعقود عليه وزيادة؛ لأن المعقود على حمل عشرة مخاتيم حنطة، وقد استوفى ذلك وزيادة، حيث حمل أحد عشر مختومًا، والزيادة لا تمنع استيفاء المعقود عليه، كما لو حمل عليها عشرة مخاتيم حنطة، وركب دابة أخرى للأجر، وكما لو استأجر داراً ليسكن فيها، فسكن فيها حدّادًا أو قصّاراً، ولم يملك شيئًا من المستأجر، وإن ضمن جزءً من أحد عشر جزءً من قيمته، والمضمون يصير ملكًا للضامن بأداء الضمان؛ لأن الجزء المضمون ليس بمستأجر؛ لأن المستأجر عنده من هذه الدابة قدر حمل عشرة مخاتيم حنطة؛ لأنه قدّر المعقود عليه بالحمل لا بالمدة، فيصير المستحق له من هذه الدابة قدر حمل عشرة مخاتيم حنطة، كما في الأجير المشترك عليه

(١) وكان في الأصل "كاملا".

قدر ما يسمّى من العمل؛ لأن المعقود على مقدّر بالعمل، فصار قدر حمل عشرة مخاتيم حنطة مستأجرًا، وما زاد على ذلك غير مستأجر، وحكم المستأجر مخالف بحكم غير المستأجر، فيجعل كل بعض من حيث الحكم بمنزلة دابة على حدة.

كما في باب الرهن إذا كان بعض الرهن مضمونًا، وبعضه أمانة، يُعتبر كل بعض في حق الجناية عليه، بمنزلة عبد على حدة؛ لأن حكم الأمانة يخالف حكم المضمون، كذا ههنا.

وإذا كان كل بعض بمنزلة دابة على حدة من حيث الحكم، جعل كأنه كان عنده دابتان، إحداهما مستأجرة، والأخرى غير مستأجرة، وقد حمل على المستأجرة عشرة مخاتيم حنطة، وعلى غير المستأجر مختومًا، وهناك لا يصير شيئًا من المستأجر مضمونًا مملوكًا للمستأجر، كذا ههنا، فهو معنى قولنا: الجزء المضمون ليس بمملوك للمستأجر، والتقريب ما ذكرنا.

وأما يضمن جزءً من أحد عشر جزءً من قيمة الدابة؛ لأن الدابة تلفت بسبب الثقل[1]، وثقل العشرة من ذلك مأذون فيه، وثقل الحادية عشرة غير مأذون فيه.

قالوا: تأويل المسألة من وجهين: أحدهما: إذا كانت الدابة تطيق حمل ما زاد، فكانت تسير مع الحمل، أما إذا كانت لا تطيق، تضمن جميع قيمتها على قياس مسألة تأتي بعد هذا.

والثاني: أن يحمل عليها أحد عشر مختومًا دفعة واحدة، أما إدا حمل عليها عشرة مخاتيم حنطة، ثم حمل عليها مختومًا، وعطبت الدابة، يضمن قيمتها بتمامها إذا حمل الحادي عشر في المكان الذي حمل العشرة، أما إذا حمل في مكان آخر چنانكه برفتوالك برا وبخت تضمن بقدر الزيادة على قياس مسألة تأتي بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

فرق بين هذه المسألة وبينما إذا استأجر ثورًا ليطحن بها عشرة مخاتيم حنطة، فطحن أحد عشر مختومًا، وتلفت الدابة، أو استأجرها ليكرب بها جريبًا، فكرب جريبًا ونصف جريب، فهلك الثور، فإنه يضمن جميع القيمة؛ لأن الطحن تكون شيئًا فشيئًا،

---

(١) هكذا في "ظ"، وكان في الأصل و"م" و"ف": "بنقل".

فلما طحن عشرة، انتهى العقد، فبعد ذلك هو فى طحن الحادى عشر مخالف من أكمل وجه، فيضمن جمسع قيمتها، كما لو طحن عليها قفيزًا ابتداء، فأما الحمل يكون بدفعة واحدة، وبعض المحمول مأذون فيه، فلا يضمن بقدره.

١٣٩٩٤-قال: وإذا استأجر دابة ليركبها، فركب هو وحمل مع نفسه آخر، إن سلمت الدابة، فعليه الأجر كملا؛ لأنه استوفى المعقود عليه وزيادة، ولم يملك شيئًا من المستأجر؛ لأنه لا ضمان لما سلمت الدابة، ولو ثبت الملك لثبت بالضمان، فإن هلكت الدابة من ركوبهما بعدما بلغا المكان المشروط، فعليه الأجر كملا، وضمن نصف قيمة الدابة، وإنما ضمن نصف القيمة لأن الدابة تلفت من ركوبهما، فيكون التالف بركوب كل واحد منهما النصف، وركوب أحدهما مأذون فيه، وركوب الآخر ليس بمأذون فيه، فيعطى لكل ركوب حكم نفسه، ويكون للمالك فى ذلك الخيار، فإن شاء ضمن المستأجر، وإن شاء ضمن ذلك الغير، فإن ضمن المستأجر لا يرجع على ذلك الغير، مستأجرًا كان أو مستعيرًا، وإن ضمن ذلك الغير، رجع على المستأجر إن كان ذلك الغير مستأجرًا، وإن كان مستعيرًا لا يرجع عليه.

ثم فى حق الضمان يستوى أن يكون ذلك الغير أخفّ أو أثقل؛ لأن العبرة فى باب الركوب للعدد؛ لأن التلف لا يحصل بالثقل؛ لأن رب نحيف ركوبه يفسد الدابة لقلة هدايته بأمر الركوب لكثرة حركاته واضطرابه، ورب جسيم لا يفسدها لهدايته بأمر الركوب لقلة حركاته واضطرابه على الدابة، فسقط اعتبار الوزن فى الراكب، وبقيت العبرة للعدد.

قالوا: وإنما يضمن نصف قيمة الدابة إذا كانت الدابة تطيق ركوب اثنين، أما إذا كانت لا تطيق ركوبه اثنين يضمن جميع قيمة الدابة؛ لأن ركوبهما، والحالة هذه قتل معنى إن كان ركوبا صورة، والعبرة للمعنى، وإنما كان على المستأجر الأجر كملا، وإن ضمن نصف القيمة، وصار نصف الدابة ملكًا له بالضمان؛ لأن القدر المضمون ليس بمستأجر؛ لأن المستأجر من هذه الدابة قدر ركوبه؛ لأن المعقود عليه مقدّر بالعمل، فصار قدر ركوبه من هذه الدابة مستأجرًا، وما زاده على ذلك غير مستأجر، والتقريب ما ذكرنا.

ثم إن محمدًا رحمه الله أوجب فى هذه اللمسألة نصف القيمة مطلقًا، وذكر فى "الجامع الصغير" فيمن استأجر دابة إلى القادسية، فأردف رجلا خلفه، فعطبت الدابة ضمن بقدر الزيادة، وذكر فى "الجامع الصغير" أيضًا بعد هذه مسألة القادسية بكثير، واعتبر فيها الحَرَز والظن.

وفى "القدورى": يقول: المستأجر يضمن النصف سواء كان الثانى أخف أو أثقل، قال الإمام الزاهد فخر الإسلام على البزدوى رحمه الله: وحاصل ذلك أن يعتبر الحَرَز والظن، فإن أشكل يعتبر العدد، وإن حمل عليها مع نفسه صغيرًا لايمكنه استعمال الدابة، ولا تصريفها ضمن بحساب ما زاد؛ لأن الصغير إذا كان بهذه المثابة فحمله، وحمل شيء آخر، سواء، ولو حمل عليها مع نفسه شيئًا آخر، وتلفت الدابة ضمن بقدر الزيادة أو طريق معرفة الزيادة فى تلك الصورة أن يحرز القاضى الراكب، ويزن[1] ما حمل مع نفسه، أو يرجع فى ذلك إلى من له بصارة يعرف أن هذا الحمل كم يزيد على قدر ركوبه، كذا هنا.

١٣٩٩٥-ثم إذا ركب وحمل عليها مع نفسه حملا إنما يضمن بقدر ما زاد إذا ركب فى غير مكان الحمل؛ لأن ثقل الراكب مع ثقل الحمل لا يجتمعان فى مكان واحد، فيعفى مواقفًا فى البعض مخالفًا فى البعض، فيضمن بحساب ما خالف، فأما إذا ركب على مكان الحمل يضمن جميع القيمة؛ لأن ثقل الراكب مع ثقل الحمل يجتمعان فى مكان واحد، فيكون أدق على الدابة.

١٣٩٩٦-فعلى قياس هذه المسألة نقول: إذا استأجر دابة ليركبها، فركبها وحمل على عاتقه غيره، يضمن جميع القيمة، وهذا إذا كانت الدابة تطيق أن يركب عليها مع الحمل، أما إذا كانت لا تطيق ذلك يجب جميع الضمان فى الأحوال كلها، ولو استأجر ليركبها، فلبس من الثياب أكثر مما كان على حين استأجرها إن لبس من ذلك مثل ما يلبسه الناس، فلا ضمان، وإن لبس ما لا يلبسه الناس، ضمن بحساب ما زاد؛ لأن فى الفصل الأول ما زاد من الثياب داخل تحت الإجارة عرفًا، والمعروف كالمشروط، وفى الفصل الثانى ما زاد من الثياب ليس بداخل تحت الإجارة أصلا، لا عرفًا ولا شرطًا، فيضمن

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم "ومؤنة ما حمل" وكان فى ف "وينزل".

بحساب ذلك، كما لو حمل عليها شيئًا آخر.

١٣٩٩٧-وإذا استأجر دابة ليركبها، فلم يركب بنفسه، بل أركبَ غيره، ضمن قيمة الدابة؛ لأن ركوب غيره ليس بداخل تحت العقد؛ لأن الناس يتفاوتون فى الركوب.

وفى "الأصل": إذا تكارى الرجل من غيره دابة يحمل عليها إنسانًا بأجر معلوم، فحمل عليا امرأة ثقيلة، فعطبت الدابة، فإن كانت الدابة بحال تطيق حملها فإنه لا ضمان عليه؛ لأنه حمل عليها إنسانًا، كما سمّى فى العقد؛ لأن اسم الإنسان يقع على الرجل والمرأة جميعًا، وعليه الأجر استحسانًا؛ لأنه استأجرها للركوب، ولم يبيّن الراكب، فوقعت الإجارة فاسدة، فإذا ركب إنسانًا انقلبت الإجارة جائزة استحسانًا.

وإن كانت الدابة بحال لا تطيق حملها يكون ضامنًا؛ لأن الدابة إذا كانت لاتطيق حملها، كان حملها عليها إتلافًا لا حملا، والإتلاف لم يدخل تحت الإذن.

١٣٩٩٨-إذا استأجر دابة ليركبها، فحمل عليها صبيًا صغيرًا، فعثرت الدابة من حمله، فهو ضامن؛ لأنه خالف؛ لأن الصبى الذى لا يستمسك نفسه على الدابة بمنزلة الحمل، ألا ترى أن من استأجر دابة ليركبها، فأردف مع نفسه صغيرًا لايستمسك نفسه على الدابة، ضمن بقدر ثقله[1]، وإذا أردف مع نفسه من يستمسك نفس على الدابة ضمن نصف القيمة، فثبت أن وضع الصبى على الدابة حمْل، وليس بإركاب، والحمل مع الركوب جنسان مختلفان، فصار به غاصبًا ضامنًا.

١٣٩٩٩-وإذا استأجر حمارًا بسرج، فأسرجه بسرج لا يسرج بمثله الحمر، فهو ضامن بقدر ما زاد باتفاق الروايات بالإجماع؛ لأنه موافق فى البعض صورةً ومعنًى؛ لأنه أسرج كما شرط فى العقد، إلا أن هذا السرج أثقل من الذى شرط فى العقد، فهو بمنزلة ما لو استأجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة، فحمل عليها أحد عشر مختومًا، وإن كان السرج الثانى أخف من الأول أو مثله، فلا ضمان؛ لأنه ليس بمخالف معنى.

وكذلك لو استأجره بإكاف، فنزع ذلك الإكاف، وأوكفه بإكاف هو أخف من الأول أو مثله، فلا ضمان، وإن أوكفه بإكاف هو أثقل ضمن بقدر الزيادة.

---

(١) وكان فى الأصل: ضمن القيمة بقدر ثقله.

١٤٠٠٠-وإذا استأجر حماراً بإكاف ليركبه، فنزع الإكاف، وأسرجه، فلا ضمان، لأن السرج أخف على الدابة من الإكاف، فلم يكن هذا خلافًا معنى.

ولو استأجر حمارًا بسرج ليركب، فحمل عليه مكان السرج إكافًا، وركبه، فهو ضامن، هكذا ذكر في "الجامع الصغير"، قالوا: هذا قول أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: هو ضامن بقدر ما زاد، وذكر في "الأصل": وقال: هو ضامن بقدر ما زاد، ولم يذكر الخلاف.

فمن مشايخنا رحمهم الله من قال: لا خلاف بين الروايتين عند أبي حنيفة رحمه الله، فإن ذكر في "الجامع الصغير": أن على قول أبي حنيفة رحمه الله: هو ضامن، ولم يذكر أنه ضامن جميع القيمة أو بقدر ما زاد، فصار ما ذكر في "الأصل" تفسيرا لما ذكر في "الجامع الصغير".

ومنهم من قال: في المسألة روايتان على قول أبي حنيفة رحمه الله، على رواية "الأصل": يضمن بقدر ما زاد، وهو قولهما رحمهما الله، وعلى رواية "الجامع الصغير": يضمن جميع القيمة.

وهذا إذا كانت الدابة يوكف بمثل هذا الإكاف، أما إذا كانت دابة: لا توكف أصلا، أو لا توكف بمثل هذا الإكاف، يضمن جميع القيمة في قولهم جميعًا، وكان الفقيه أبو بكر محمد رحمه الله يوفق بين الروايتين، ويقول: رواية "الجامع الصغير" محمولة على دابة تصلح للإكاف والسرج، ورواية "الأصل" محمولة على دابة لا تصلح للإكاف.

ومن المشايخ رحمهم الله من لم يوفّق بين الروايتين من هذا الوجه، وذكر لكل رواية وجهًا، وجه ما ذكر في "الأصل"، وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: إن المستأجر فيما صنع موافق في البعض صورةً ومعنىً، ومخالف في البعض معنىً؛ لأن الإكاف والسرج جنس واحد؛ لأن كل واحد منهما آلة الركوب، وكل واحد منهما متخذ من الخشب، إلا أن الإكاف أثقل من السرج، فكان بمنزلة ما لو حمل عليها سرجًا آخر أثقل من السرج المأمور به.

وجه ما ذكر في "الجامع الصغير": وهو الأصح، أنه مخالف في الكل صورةً

ومعنًى، أما صورة فلأن الإكاف غير السرج صورةً واسمًا وهيئةً، وأما معنى فلأن الإكاف أثقل من السرج على الدابة، فكان مخالفًا صورةً ومعنًى، فيضمن جميع قيمة الدابة إذا هلكت من ذلك قياسًا على ما لو استأجر دابة ليحمل عليها شعيرًا، فحمل عليها بمثل ذلك الكيل حنطة.

١٤٠٠١-ولو استأجر حمارًا عريانًا، فأسرجه وركبه، فهو ضامن، قال مشايخنا رحمهم الله: إذا استأجر من موضع إلى موضع لا يكره الركوب إليه إلا بسرج، نحو أن يستأجره من بلد إلى بلد لا يضمن؛ لأن الإذن بالإسراج يثبت دلالة، وكذلك لو استأجره ليركبه في المصر، والمستأجر ممن لا يركب في المصر عريانًا، فلا ضمان، ويثبت الإذن بالإسراج في حقه دلالة، وإن كان المستأجر ممن يركب في المصر عريانًا، فعليه الضمان إذا لم يثبت الإذن بالإسراج في حقه، لا نصًا ولا دلالةً.

ثم إذا ضمن يضمن جميع القيمة أو بقدر ما زاد، لا ذكر لهذه المسألة في "الأصل"، وقد اختلف المشايخ رحمهم الله فيه بعضهم قالوا: يضمن بقدر ما زاد، كما لو ركبها، وأركب مع نفسه غيره، وبعضهم قالوا: يضمن جميع القيمة، وهو الصحيح؛ لأنه بما صنع مخالف في الكل صورةً ومعنًى.

أما صورة فلأنه أمره أن يركبا عرفًا، وقد ركبها مع السرج، وأما معنى فلأن الركوب على السرج أضر بالدابة؛ لأن ثقل الراكب والسرج يجتمعان في مكان واحد، فكان أدق لظهره، بخلاف ما إذا ركب، أو أركب مع نفسه غيره؛ لأن ثقل الآخر لم يجتمع في المكان الذي ذكره بنفسه.

١٤٠٠٢-ولو استأجر دابة بغير لجام، وألجمها لا ضمان عليه إذا كانت دابة يلجم مثلها؛ لأن اللجام في الأصل وضع لضبط الدابة عن السير، ولا بد للراكب من ذلك إذا كانت دابة يلجم مثلها، فيصير مأذونًا باللجام، حتى لو كانت دابة لاتلجم، يصير ضامنًا، لإمكان الضبط من غير لجام، ولو كان عليها لجام، فأبدلها بلجام آخر، فلا ضمان، هكذا ذكر القدوري في شرحه.

١٤٠٠٣-قال محمد رحمه الله: إذا استأجر من آخر دابة إلى الحيرة بدرهم، فجاوز بها إلى القادسية، ثم ردها إلى الحيرة، فنفقت فهو ضامن، قال: وكذلك

العارية، هكذا ذكر في "الجامع الصغير"، قيل: هذا إذا استأجرها أو استعارها إلى الحيرة ذاهبًا لا جائيًا، فأما إذا استأجرها أو استعارها ذاهبًا وجائيًا، فإذا ردها إلى الحيرة، ونفقت، لا ضمان عليه، وهذا التفصيل على هذا الوجه مذكور في الشروط والنوادر، وقيل: هو ضامن في الوجهين، وإليه أشار في "الجامع الصغير"، حيث أطلق المسألة إطلاقًا، ولقب المسألة أن المستأجر أو المستعير إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق، هل يبرأ عن الضمان؟

وقد اختلف المشايخ رحمهم الله فيه، بعضهم قالوا: يبرأ كالمودع، وإليه أشار محمد رحمه الله في كتاب العارية، وبعضهم قالوا: لا يبرأ، بخلاف المودع، وإلى أشار في "الجامع الصغير"، وهكذا أطلق المسألة في "القدوري".

وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله أن المستأجر يبرأ بالعود إلى الوفاق، وصورة ما ذكر ابن سماعة رحمه الله: رجل استأجر من آخر دابة أيامًا معلومة يركبها في المصر، فخرج عليها من المصر، ثم ردها إلى المصر في تلك الأيام، فنفقت في يده، لم يضمن بمنزلة المودع، وجه قول من فرّق بين ما إذا استأجر، أو استعار ذاهبًا[1] أو جائيًا، وبين ما إذا استأجر، أو استعار ذاهبًا لا جائيًا، أنه إذا استأجر، أو استعار ذاهبًا وجائيًا، فإذا جاوز الحيرة لم ينته العقد، فإذا عاد إلى الحيرة عاد إلى الوفاق، وعقد الإجارة والإعارة باقٍ، والمستأجر والمستعير كل واحد منهما مأمور بالحفظ بمقتضى الإجارة والعارية؛ لأنه لا يمكنها استيفاء المنفعة إلا بالحفظ، فما بقي العقد يبقى الأمر بالحفظ، فإذا عاد إلى الوفاق عاد، والأمر بالحفظ قائم، فصار ممتثلا أمر المالك، ويد المأمور يد الآمر، فكان الرد إلى يد المأمور كالرد إلى الآمر، فهذا هو الطريق في المودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق، أن يبرأ عن الضمان؛ لأن الأمر بالحفظ في حق المودع مطلق، فيتناول كل زمان، وبعد ما خالفه، ودخل العين في ضمانه لم يرتفع الأمر بالحفظ لتصور المأمور به بعد ذلك، فإذا عاد إلى الوفاق عاد والأمر بالحفظ قائم، فصار ممتثلا، والتقريب ما مرّ.

وأما إذا استأجر، أو استعار ذاهبًا لا جائيًا، فإذا جاوز بها إلى الحيرة انتهى العقد

---

(١) وفي ف "ذاهبًا أو جائيًا بمنزلة"... إلخ.

نهايته، وإذا انتهى العقد انتهى الأمر بالحفظ؛ لأن الأمر بالحفظ ما ثبت نصّا، إنما يثبت مقتضى الإجارة والعارية، فيرتفع بارتفاع الإجارة والعارية، فأما إذا عاد إلى الحيرة عاد، والأمر بالحفظ ليس بقائم، فلا يصير ممتثلا أمر المالك، فلا يعود أمينًا، بخلاف المودع؛ لأن الأمر بالحفظ فى الوديعة ثابت مقصودا، وأنه مطلق، فيتناول كل زمان، والتقريب ما مر.

وجه قول من سوّى بينهما أن المالك ما أمر المستعير والمستأجر الحفظ مقصودا، إنما أمرهما بالاستعمال والانتفاع، وإنما يثبت لهما ولاية الحفظ تبعًا للاستعمال، لا بأمر ثابت من جهة المالك، فإذا جاوز الحيرة، صار غاصبًا للدابة، دخلت فى ضمانه، والغاصب لا يبرأ عن الضمان إلا بالرد، أما على المالك، أو على من هو مأمور بالحفظ من جهة المالك، ولم يوجد ههنا ذلك، والصدر الشهيد رحمه الله كان يميل إلى القول الثانى، وغيره من مشايخ زماننا كانوا يميلون إلى القول الأول.

وعن أبى يوسف رحمه الله فى "النوادر" رواية أخرى: أنه إذا استعار، أو استأجر ذاهبًا وجائيًا، لا يبرأ عن الضمان، [فإذا استأجر، أو استعار ذاهبًا لا جائيًا، يبرأ عن الضمان؛ لأنه إذا استأجر، أو استعار ذاهبًا وجائيًا، فالرد على المستأجر، فيكون المستأجر فى حق المسألة بمنزلة الغاصب، والغاصب لا يرد الزيادة على المالك، أو من هو قائم مقام المالك، فأما إذا استأجر، أو استعار ذاهبًا لا جائيًا، فالرد يكون على المالك][1]، فيكون المستأجر والمستعير بمنزلة المودع، فيبرأ عن الضمان بالعود إلى الوفاق.

١٤٠٠٤-وفى "القدورى": قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: فيمن استأجر دابة إلى مكان معلوم، فلما سار بعض الطريق ادعاها لنفسه، وجحد أن يكون استأجرها، وصاحب الدابة يدعى الإجارة، فإن نفقت من ركوبه فلا ضمان، وإن نفقت قبل أن يركب ضمن، ولو انقضت المسافة، فجاء بها ليردها على صاحبها، فتلفت، وجب الضمان، فقد جعلاه ضامنًا، ثم أسقطا عنه الضمان بالركوب، وهذا يقتضى أن يكون يد المستأجر قائمة مقام يد الآجر.

---

(١) هكذا فى تصحيح "ظ" ولكن كانت العبارة ممحوة جدًا، وكان فى الأصل وف، وم: "لا يبرأ عن الضمان؛ لأن إذا استأجر، أو استعار ذاهبًا وجائيًا، فالرد على المستأجر، فيكون. . . إلخ".

وعلّل محمد رحمه الله لهذا، فقال: لأنه ليس لرب الدابة أخذها منه، فلم يكن بجحوده مانعًا حقه، بخلاف المودع إذا جحد الوديعة؛ لأن هناك لصاحبها أخذها، فبالجحود منعها منه.

ثم عقب هذا التعليل، فقال: لو انكسرت أو ضعفت حتى لا يمكن ركوبها، ضمن قيمتها منكسرة وعاطبة؛ لأن الرد واجب إذا كانت الدابة بهذه الصفة، فتعلق بالجحود الضمان، كما في الوديعة.

وذكر في "المنتقى": رواية ابن سماعة رحمه الله عين هذه المسألة، وأجاب على التفصيل الذي ذكر القدوري: أن الدابة إن هلكت قبل الركوب ضمنها، وإن ركبا وهلكت من ركوبه، فلا ضمان، ويخرج عن ضمان الغصب.

قال ثَمّة: ألا ترى أنه لو غصب من آخر دابة، ثم إن المالك آجرها منه إلى الكوفة بعشرة دراهم، وجاز، ويسرى الضمان إذا ركبها، كذا هنا، وهذا لأن بجحود المستأجر الإجارة إن انفسخ العقد في حق المستأجر، وصار المستأجر غاصبًا للعين، لم ينفسخ في حق الآجر، فإذا ركبها إلى المكان المسمّى، وعقد الإجارة قائم في حق الآجر، فإنما ركبها بحكم العقد في حق الأجر والضمان جميعًا.

١٤٠٠٥-هشام عن محمد رحمه الله: رجل استأجر من رجل غلامًا سنة، كل شهر بعشرة دراهم، وقبض العبد، فلما مضى نصف السنة جحد المستأجر أن يكون استأجر العبد، وقيمته يوم جحد ألفًا درهم، فمضت السنة وقيمته ألف درهم، ثم مات العبد، قال: الإجارة لازمة له، ويلزمه أجر جميع السنة، ويضمن قيمة العبد بعد السنة، قال هشام: قلت لمحمد: كيف اجتمع الأجر والضمان؟ قال محمد رحمه الله: لم يجتمعا، فسّرر هشام رحمه الله ذلك، فقال: الأجر وجب لاستعماله العبد في السنة، والضمان وجب بعد مُضى السنة؛ لأن بعد مضى السنة وجب عليه رد العبد على المالك، ولم يرد، فوجب الضمان، فاختلف سبب وجوبهما، واختلف الضمان، فكيف يظهر الاجتماع، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله ينبغي أن يلزمه الأجر قبل الإنكار، ويبطل عنه الأجر بعد الإنكار.

١٤٠٠٦-استأجر قميصًا ليلبسه، وسيذهب إلى مكان كذا، فلم يذهب إلى ذلك

الموضع، ولبسه في منزله، قال أبو بكر رحمه الله : هو مخالف ولا أجر عليه، وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله : عندي أنه غير مخالف، وعليه الأجر؛ لأن هذا خلاف إلى خير، فلا يصير به ضامنًا، فلا يسقط الأجر؛ ولأن الأجر مقابل بمنفعة اللبس دون الحمل إلى ذلك المكان، وإنما ذكر المكان استئذانًا من الآجر لو اتفق الذاهب إليه، فكان تعيين المكان لازمًا في حق الآجر دون المستأجر.

قال أبو الليث رحمه الله : وهذا بخلاف ما لو استأجر دابة ليذهب إلى موضع كذا، فركبها في المصر في حوائجه، فهو مخالف؛ لأن في الدابة لا تجوز الإجارة إلا أن يبيّن المكان، وفي الثوب يحتاج إلى بيان الوقت دون المكان، فوقعت الإجارة في الدابة على المكان المذكور، والركوب في المصر ليس خلافًا إلى خير، فصار مخالفًا، أما ههنا بخلافه.

استكرى دابة لمسيرة فرسخ، فسار عليها سبعة فراسخ، فعليه من الكراء مقدار ما شرط، وفيما زاذ على الفرسخ هو غاصب، فلا أجر عليه، ولو أرضى صاحب الدابة، لكان له خيرًا في الآخرة؛ لأنه يقاص في الآخرة بالحساب.

١٤٠٠٧-استأجر حمارًا ليحمل عليه وقر حنطة إلى المدينة، فحمل الحنطة إلى المدينة، وباعها، وانصرف إلى منزله، فوضع على الحمار مقدار قفيز من الملح، فأخذ مرض في الطريق، فمات فعليه ضمان الحمار إذا حمل عليه الملح بغير إذن صاحب الحمار؛ لأنه صار غاصبًا بذلك، فدخل في ضمانه.

١٤٠٠٨-استأجر دابة ليحمل عليها حنطة من موضع إلى منزله يومًا إلى الليل، فكان يحمل الحنطة إلى منزله، وإذا أراد الذهاب ثانيًا يركبها، فعطبت الدابة، ذكر عن أبي بكر رحمه الله أن يضمن؛ لأنه استأجرها للحمل دون الركوب، فكان غاصبًا في الركوب، قال أبو الليث رحمه الله : هذا هو القياس، لكن في الاستحسان لايضمن؛ لأن العادة جرت فيما بين الناس كذلك، فصار كأنه أذن له في ذلك من طريق الدلالة، وإن لم يأذن بالإفصاح.

١٤٠٠٩-استأجر حمارًا ليحمل عليه اثني عشر وقرًا من التراب إلى أرضه بدرهم، وله في أرضه لبن، فكلما عارض أرض يحمل عليه وقرًا من اللبن، فإن هلك

الحمار فى الرجوع مع اللبن، يضمن قيمة الحمار دون الأجر؛ لأنهما لا يجتمعان، وإن سلم الحمار حتى تم العمل، فعلى المستأجر تمام الدرهم فى كل وقر من التراب نصف دانق، ويجوز أن يخالف فى العمل، ثم يجب المستحق إذا سلمت الدابة عن ذلك العمل، كما فى مسألة فرسخ وسبعة فراسخ التى مرّ.

وكمن استأجر دابة إلى موضع معيّن، فجاوزها ثم عاد إلى الوفاق، لا يعود أمينًا، بل هو ضمين، حتى لو هلكت الدابة فى طريق ذلك الموضع المعين، يضمن قيمتها، ثم إذا سلمت الدابة يجب تمام الأجر.

وكذا لو استأجر دابة ليركب هو بنفسه إلى مكان كذا، فركب وأردف غيره، صار غاصبًا فى النصف إذا كانت الدابة مما تطيق مثلهما، ولو سلمت الدابة يجب تمام الأجر، كذا هنا.

١٤٠١٠-ولو استأجر حمارًا ليحمل عليه كذا كذا حِملا، فزاد على ما سمّى، وحمل الحمولة إلى ذلك المكان، فلما وضع الحمولة وجاء بالحمار سليمًا، ضاع قبل أن يردّه إلى صاحبه، ينظر إلى مقدار ما زاد من الحمولة، فيضمن من قيمة الحمار بذلك القدر؛ لأنه صار غاصبًا من الحمار بذلك القدر، فلا يبرأ عن ضمان ما صار غاصبًا منه إلا بالرد، رواه بشر عن أبى يوسف، ورواه أبو يوسف عن أبى حنيفة رحمهما الله.

وهذا كما ذكر فى اختلاف زفر رحمه الله أن من استأجر حمارًا من الكوفة إلى القادسية ذاهبًا وجائيًا، فجاوز به القادسية، ثم عاد به سليمًا إلى الكوفة، فعليه نصف ما سمّى من الأجر عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمه الله؛ لأنه صار غاصبًا، فلا يبرأ عن الضمان إلا بالرد.

وعن أبى يوسف رحمه الله: فيمن استأجر دابة من مصر إلى مصر، فأمسكها فى بيته، فهلكت، قال: إن أمسكها مقدار ما يمسك ليهيّؤوا أمورهم فلا ضمان، والأجر ثابت، وإن أمسكها أكثر من ذلك، خرجت من الإجارة، وهى مغصوبة عنده.

نوع آخر:

١٤٠١١-في "فتاوى أبي الليث رحمه الله" : رجل جاء بدابته إلى بيطار ، وقال : انظر فيها ، فإن بها علة ، فنظر فيها ، فقال : يجنب إذنها علة ، يقال لها : فأرة ، يعني موش ، فأمره صاحب الدابة بإخراجها ، فأخرج ذلك بأمر صاحب الدابة ، وماتت الدابة ، فلا ضمان على البيطار ؛ لأنه مأذون في ذلك .

١٤٠١٢-وفي "المنتقى" : رجل قال لصيرفي : أنقد لي عشرة دراهم بكذا ، ففعل ، ثم وجد صاحب الدراهم فيها زيوفًا أو ستوقًا ، فلا ضمان على الصيرفي ؛ لأنه لم يبطل على حقًا ، ولكن يرد من الأجر بحساب ما وجد زيفًا حتى إن في مسألتنا لو وجد درهمًا زيفًا ليرد عشر الأجر ، ولو وجد الكل زيفًا يرد كل الأجر ؛ لأنه لم يوفِ المعقود عليه هذا القدر .

في "فتاوى النسفي" : إذا أخذ من له الدراهم دراهم ممّن عليه ، وقد انتقدها الناقد ، ثم خرج بعض الدراهم زيوفًا أو ستوقًا ، فلا ضمان على الناقد ، ولكن يرد القابض الزيوف على الدافع ، فإن أنكر الدافع ، وقال : ليس هذا من دراهمي ، فالقول قول القابض ؛ لأنه لو أنكر القبض أصلا ، كان القول قوله ، فكذا إذا أنكر القبض فيما عدا هذا المعين[١] .

١٤٠١٣-سأل ورّاقًا أن يكتب له جميع القرآن[٢] ، وينقطه ويعشره ويعجمه ، وأعطاه الكاغذ والحبر ، وشرط له أربعون درهمًا ، فكتب وترك بعض الغواشير ، وأخطأ في النقط ، قال : إن فعل ذلك في كل ورقة ، فالدافع بالخيار ، إن شاء أخذ المكتوب ، وأعطاه الأجر مثل عمله ، لا يجاوز به أربعين ، وإن شاء ترك المكتوب ، وضمنه مثل بياضه وحبره .

وهو نظير ما لو دفع إلى خياط ثوبًا ليخيط له ، فخاط قَبَاء ذا طاق واحد ، يقال له : قرطق ، يخيّر المالك بين أن يضمنه قيمة ثوبه ، ويترك القرطق عليه ، وبين أن يأخذ القباء ،

---

(١) هكذا في ظ ، ف ، وكان في الأصل وم "هذا المعنى" .

(٢) وفي ف "جامع القرآن" .

ويعطى أجر مثله، لا يجاوز به الأجر المسمّى، وإن كان الورّاق وافقه فى بعضه، وخالفه فى بعض أخذ، وأعطاه حصة ما وافق من المسمّى، وحصة ما خالفه من أجر المثل؛ لأنه فيما وافق جرى على موجب العقد، فاستحق حصته من المسمّى، وفيما خالف لم يجز على موجب العقد عن كل وجه، فكأنه عمل بإجارة فاسدة، فيستحق أجر المثل.

١٤٠١٤-ولو دفع إلى صبّاغ ثوبًا ليصبغ بعصفر بربع الهاشمى، فصبغه بقفيز عصفر، فهذا على وجهين: إن صبغ أولا بربع الهاشمى، ثم صبغه بثلاثة أرباع القفيز، فصاحب الثوب بالخيار، إن شاء ضمن قيمة ثوبه أبيض، ولا أجر، وإن شاء مصبوغًا بربع الاشمى، وأعطاه المسمّى، وإن شاء أخذ الثوب، وأعطاه المسمّى، وما زاد ثلاثة أرباع القفيز فى الثوب، وهذا لأنه حين صبغ بالربع، فقد وفى بالشرط، فإذا صبغ بعد ذلك، فهو متعدى فى هذا الصبغ، فيصير كأنه غصب ثوبًا مصبوغًا بعصفر بالربع، وصبغه بعد ذلك بثلاثة الأرباع؛ لأن الصبغ فى حكم المقبوض من وجه، إلا أنه لم يكمل القبض فيه؛ لأنه لم يصل إلى يده، فكان له أن يضمنه الثوب أبيض، وله أن يضمنه مصبوغًا بعصفر.

وإن كان صبغه ابتداء بقفيز، فله ما زاد الصبغ فيه، ولا أجر له؛ لأن لم يوفَ العمل على الوجه المأذون فيه، فيصير كأنه غصب ثوبًا، وصبغه بعصفر، هكذا ذكر القدورى، وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله: بخلافه، فقال: له أن يضمنه قيمة ثوبه أبيض، وله أن يأخذ الثوب، ويغرم الأجر، وما زاد ثلاثة أرباع القفيز فيه، مجتمعًا كان أو متفرّقًا، وهذا لأن الثوب لا يتسرّب الصبغ دفعة واحدة، ولكن شيئًا فشيئًا، فلا يقع الفرق بين أن يكون مجتمعًا أو متفرّقًا، وستأتى هذه المسألة مع زيادة تفريعات فى فصل المتفرقات -إن شاء الله تعالى-.

١٤٠١٥-ولو دفع إلى صبّاغ ثوبًا، وأمر أن يصبغه بزعفران، أو ببقّم[1] فخالف، فصبغه غير ما سمّى، إلا أنه من[2] ذلك الصبغ يريد به أنه لم يصبغ صبغه، وقد كان أمره صاحب الثوب أن يصبغه، فالمالك بالخيار، إن شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض، ويسلم له

---

(١) البقم: نوع شجر يستعمل لصبغ الثوب.

(٢) هكذا فى ظ، ف، والأصل، وكان فى م "ما" مكان "من".

الثوب، وإن شاء أخذ الثوب وأعطا أجر مثله، لا يزاد به المسمّى، كذا فى "الأصل".

١٤٠١٦-وفى "القدورى": إذا أمر إنسانًا أن ينقش اسمه فى فصّ خاتمه، فغلط ونقش اسم غيره، ضمن الخاتم؛ لأنه فوّت عليه الغرض المطلوب من الخاتم، وهو الختم به، فصار كالمستهلك، وفيه لو أمره أن يحمّر له بيتًا، فحضر فقال: يعطى ما زاد الخضرة فيه، ولا أجر له؛ لأنه عمل ما لم يستأجر له، فلا يستحق الأجر، ولكن يعطى من قيمة الصبغ ما زاد فى البيت.

قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير" عن أبى حنيفة رحمه الله: فى رجل استأجر أرضًا ليزرعها حنطة، فزرعها رطبة، قال: هو ضامن يريد به أن تمكن فى الأرض نقصان، ولا أجر عليه، وهذا لأن الرطبة لا يعرف نهايتها، وضررها بالأرض ظاهر، وأنه يخالف ضرر سائر وجوه الزراعة، فصار من غاصبًا، فلا يجب الأجر.

١٤٠١٧-قال محمد رحمه الله فيه أيضًا: فى رجل دفع إلى خيّاط ثوبًا، وأمره أن يخيطه قميصًا بدرهم، فخاطه قباء، وأقر بالخلاف، فلصاحب الثوب الخيار، إن شاء ضمنه قيمة ثوبه، ويترك[1] القَبَاء عليه، وإن شاء أخذ القباء، وأعطاه أجر مثل عمله لا يجاوز به المسمّى، هكذا ذكر ههنا.

وفى "الأصل": وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله: أنه لا خيار لصاحب الثوب، والخيّاط ضامن قيمة ثوبه بعض مشايخنا رحمهم الله، قالوا: أراد بالقَبَاء القرطق الذى هو ذو طاق واحد، فإن هذه القباء يشبه القميص، فإن بعض الناس يستعملونه استعمال القميص، فكان موافقًا من وجه، مخالفًا من وجه، فإن شاء رضى به باعتبار جهة الموافقة، وإن شاء تركه باعتبار جهة المخالفة إلا أن فى الكتاب أطلق القَبَاء إطلاقًا، فيدل على أن الحكم فى الكل واحد.

وجه ما روى الحسن رحمه الله: أن الخياط مخالف من كل وجه؛ لأنه خالفه فى جنس ما أمر به، فإنه أمره بخياطة القميص، وهو قد خاط القبا، والقبا ليس من جنس القميص، فكان مخالفًا من كل وجه، فيكون غاصبًا من كل وجه، وحكم الغاصب من كل وجه أنه حتى قطع ثوب غير وخاط يملك بالضمان، ولا يبقى لصاحب الثوب الخيار،

(١) وكان فى الأصل وم: "وترك".

فكذلك هذا .

وجه ظاهر الرواية : هو أن الخيّاط فيما صنع موافق من وجه ، مخالف من وجه ، فيتخير ، كما لو خالف فى خياطة القميص من حيث الطول والقصر ، إلا أن عبارة مشايخنا اختلفت فى إثبات الموافقة من وجه ، والمخالفة من وجه .

منهم من يقول : إن خياطة القبا يشبه خياطة القميص من وجه من حيث الدخاريص والكمين إن كان يخالف خياطة القميص فيما عدا ذلك ، وإذا كان يوافق خياطة القميص من وجه ، ويخالف من وجه ، كان موافقًا من وجه ، مخالفًا من وجه ، فيتخير فيما تقدم ذكره من المسائل ، ومنهم من يقول : فى إثبات المخالفة والموافقة من وجه ، صاحب الثوب أمره بإدخال الخيوط فى ثوبه بخياطة القميص ، وهذا أدخل الخيوط فى ثوب بخياطة القبا ، فكان مخالفًا من وجه موافقًا من وجه ، والموافقة وإن قلت يجب إثبات الخيار ، حتى لا يلغو اعتبار الإذن والموافقة من وجه ، بخلاف ما لو غصب ثوبًا ، فقطع وخاط قَبَاء ؛ لأن مخالف فى القطع ، وفى إدخال الخيوط فى ثوب ، فكان مخالفًا من كل وجه ، بخلاف ما نحن فيه .

ومنهم من يقول : إنه موافق فى الخياطة ، فإن الخيوط الذى استعملها فيه داخل تحت الإذن ، وإنما حصل الخلاف فى نفس القطع ، والغاصب إذا قطع الثوب ولم يخطه ، لم يمنع صاحبه من أخذه ، فكذلك هذا لا يمنع رب الثوب من أخذه ، بخلاف الغاصب ، فإن مخالف فى القطع والخياطة ، فكان مخالفًا من كل وجه ، وقد استهلك الثوب ، وأحدث صنعة متقوّمة بغير أمره ، فهو معنى قولنا : إن موافق من وجه ، مخالف من وجه ، وإذا كان موافقًا من وجه ، مخالفًا من وجه ، كان لصاحب الثوب الخيار ، إن شاء ترك القَبَاء عليه ، وضمنه قيمة ثوبه ، ولا أجر له ، وإن شاء أخذ القبا ، وأعطاه أجر مثل عمله ، ولا يجاوز به ما سمّى .

وهذا على قول من يقول : بأنه يعطيه أجر المثل منى خالف من وجه ؛ لأن العقد يفسد بالخلاف من وجه ظاهر ، وعلى قول من يقول : يعطيه المسمّى إذا رضى بالعيب بقول ما ذكر فى الكتاب محمول على ما إذا اختار أخذ القَبَاء ، ولم يرضَ بالعيب ، وله أن يأخذ القَبَاء ، ولا يرضى بالعيب ، ومتى كانت الحالة هذه ، فإنه يعطيه أجر المثل ، فأما إذا

رضى بالعيب يعطيه المسمّى، وسيأتى بيان القولين بعد هذا -إن شاء الله تعالى- .

وإن اختلفا، فقال الخياط : أمرتنى بهذا، وقال رب الثوب : أمرتك بقميص، فالقول قول رب الثوب مع يمينه؛ لأن الأمر استفيد من جهته، وإذا قام ابينة، فاللبينة بينة الخياط؛ لأن الخيّاط أقررب بسبب الضمان، وادعى ما يبرئ عنه، وهو الإذن، وذلك غير ثابت، فهو بينته يثبت ما ليس بثابت، وصاحب الثوب يثبت ما هو ثابت، وهو الضمان، فكانت بينته الخياط أولى .

١٤٠١٨-ولو أمر بأن يخيط له قميصًا فحاطه سراويل، هل يتخيّر رب الثوب؟ فعلى قود العبارة الأولى فى مسألة القَبَاء لا يتخيّر؛ لأن السراويل لا تشبه القميص أصلا، إذ ليس له كمّ، ولا دخريص، وعلى قود العبارة الثانية والثالثة يتخير، وأنه أقرب إلى الصواب، فقد رُوى عن محمد رحمه الله فيمن دفع إلى رجل شبهًا ليضرب به طستًا، فضرب له كوزًا أن له أن يأخذه ويعطيه أجر المثل، فكذا فى السراويل، وقد مرّ مسألة السراويل .

١٤٠١٩-قال : إذا دفع إلى حائك غزلا لينسجه له سبعًا فى أربع يريد به أن يكون طوله سبعًا وعرضه أربعًا، فخالف، فهذا على وجهين : إما أن يكون الخلاف من حيث القدر، أو من حيث الصفة، والخلاف من حيث القدر على وجهين : إما أن يكون إلى زيادة بأن حاك ثمانًا فى أربع، أو إلى نقصان بأن حاك ستًا فى أربع، والخلاف من حيث الصفة على وجهين أيضًا : إما أن يكون من حيث الزيادة، بأن أمره أن ينسجه رقيقًا، فنسجه صفيقًا أو من حيث النقصان، بأن ينسجه صفيقًا، فنسجه رقيقًا، وفى الفصول كلها صاحب الغزل بالخيار إن شاء ترك الثوب على النساج، وضمنه غزلا مثل غزله، وإن شاء أخذ الثوب، وأعطاه الأجر، وإنما خيّر صاحب الغزل؛ لأن النسّاج موافق فى أصل العمل مخالف فى الصفة فى الفصول كلها .

أما إذا كان الخلاف من حيث الزيادة والنقصان فى الصفة، فلا إشكال أنه موافق فى أصل العمل مخالفًا فى الصفة، وإن كان الخلاف من حيث الزيادة والنقصان فى القدر، فكذلك مخالف فى الصفة إن زاد فى الدرع، فلأنه لو استعمل جميع الغزل بقدر ما أمر به، كان يحصل الثوب أصفق، وإذا زاد فى الزرع يصير أرق بقدر ما أمر به، وإن

نقص عن القدر ؛ فلأنه لو استعمل الغزل فى جميع ما أمر به كان يحصل الثوب أرق ، وبسبب النقصان فى الدرع يحصل الثوب أصفق ، والصفاقة والرقة مقصودة فى الثياب ، فصح قولنا أنه موافق فى أصل العمل ، مخالف فى الصفة ، فيتخيّر صاحب الثوب ، إن شاء مال إلى الخلاف ، وجعله عاملا بغير عقد ، وترك الثوب عليه ، وضمن غزله ، وإن شاء مال إلى الوفاق ، وأخذ الثوب ، وأعطاه الأجر .

ولم يذكر محمد رحمه الله أن يعطيه المسمّى إذا أجر بالمثل ، وقد اختلف فيه المشايخ رحمهم الله ، قال بعضهم : بأن يعطيه أجر المثل على كل حال لا يجاوز به ما سمّى إن كان أجر مثله أكثر ، وإن كان أقل أو مثل المسمّى يعطى ذلك .

وقال بعضهم يعطيه المسمّى إذا أخذ الثوب ، ورضى بالعيب ، وإذا أخذ الثوب ، ولم يرضَ بالعيب ، فن يعطيه أجر المثل ، لا يجاوز به ما سمّى ، وإلى هذا ذهب أبو بكر الأعمش ومحمد بن سلمة رحمهما الله .

وجه من قال بأنه يعطيه أجر المثل ، أن الحائك مخالف من وجه موافق من وجه ، باعتبار أصل العمل موافق ، وباعتبار الصفة مخالف ، والصفة فى الغائب معتبرة ؛ لأن الغائب بالصفة تعرف ، ولو كان مخالفًا من كل وجه بأن كان الخلاف فى الجنس ، لا فى الصفة ، كان العمل منعريًا عن العقد ، ولو كان موافقًا من كل وجه فى حق أصل العمل والصفة جميعًا ، كان العمل واقعًا بجهة العقد ، فإذا كان مخالفًا من وجه موافقًا من وجه ، فكان العقد قائم من وجه فائت من وجه ، والعقد إذا كان قائمًا من وجه ، غير قائم من وجه ، فإن يجعل عقدًا فاسدًا ، كما قالوا : فى بيع المقايضة إذا هلك أحد العوضين قبل القبض ، فإن البيع يفسد ؛ لأن البيع على القائم قائم من وجه ، منفسخ من وجه ، فحكم بفساده على ما عرف فى موضعه ، فكذلك ههنا لما كان العقد قائمًا من وجه غير قائم من وجه يحكم بفساد الإجارة ، والمستحق فى الإجارة الفاسدة أجر المثل لا ينقص عن المسمّى ، ولا يجاوز به المسمّى .

وإذا وجب أجر المثل على قول هذا القائل ، فإن كان الخلاف من حيث الزيادة فى القدر ، فإن يعتبر أجر مثل العمل المأمور به ، وهو سبعة أذرع فى أربعة لا أجر مثل العمل الماتى به ثمانية أذرع فى أربعة ؛ لأن الزيادة على السبع حصل بغير عقد ، فلا يجب زيادة

أجر بسبب تلك الزيادة، ولكن لا يجاوز به المسمّى، كما فى سائر الإجارات الفاسدة، وإن كان الخلاف من حيث النقصان فى القدر، فإنه يعطيه أجر مثل ما عمل مقدراً بحصته من المسمّى؛ لأن بعض المسمّى قد سقط؛ لأن أتى ببعض العمل، ولم يأت بالبعض، فيسقط حصة ما لم يعمل من المسمّى، ويبقى بعض المسمّى، فينظر إلى أجر مثل عمله فيما عمل، فإن كان أقل، أو مثل حصة الباقى من المسمّى، فإن يعطيه ذلك، وإن كان زيادة يعطيه بقدر حصته من المسمّى، ولا يجاوز به، وإن كان الخلاف من حيث الصفة إن كان من حيث الزيادة، فإنه يعطيه أجر مثل عمله بقدر العملل المأمور به، ولا تعتبر الزيادة؛ لأن الزيادة حصلت بغير عقد، فإن كان ذلك مثل المسمّى يعطى ذلك، وإن كان أكثر من ذلك لا يجاوز المسمّى، وإن كان من حيث النقصان، فإن يعطيه أجر مثل عمله مقدراً بجميع المسمّى، لا ينقض المسمّى، بخلاف ما إذا كان النقصان من حيث القدر، فإنه بقدر أجر المثل ينقض المسمّى، وذلك لأن النقصان متى حصل من حيث القدر، فقد سقط بعض المسمّى، وبقى البعض، فيعتبر أجر مثل الباقى، فأما إذا كان النقصان من حيث الصفة، فإنما يسقط شيء من المسمّى؛ لأنه لا حصة للأوصاف من المسمّى، فيكون جميع المسمّى على حاله، فيعتبر أجر المثل به إن كان مثله، أو أقل، فإن يعطيه ذلك، وإن كان أكثر لا يجاوز به المسمّى.

وأما من قال: بأنه يعطيه المسمّى متى رضى بأحد الثوب معيبًا، وإن لم يرضَ بالعيب، وأخذ الثوب، فإن يعطيه أجر المثل، ذهب فى ذلك على أن الأمر، كما قاله الأولون: إن هذا مخالف من وجه، موافق من وجه، فيكون العقد قائمًا من وجه، وليس بقائم من وجه، إلا أنه فى مثل هذا الموضع إنما يحكم بفساد العقد متى تعذر العمل بهما فى الحالين، كما فى مسألة بيع المقايضة، فجعلنا بيعًا فاسداً عملا بالأمرين من الوجه الذى قلتم.

فأما إذا أمكن العمل بهما فى الحالين، فإنه لا يجعل العقد فاسدت، وقد أمكننا العمل فى الحالين، بأن يعتبر الوفاق متى اختار أخذ الثوب، ورضى بالعيب، ويعتبر العقد جائزاً فى هذه الحالة، ويعطيه المسمّى، ويعتبر الخلاف متى اختار أخذ الثوب، ولم يرضَ بالعيب، ويوجب عليه أجر المثل؛ لأنه لم يوجد من العامل ما يوجب زوال ملك صاحب الغزل عن الثوب؛ لأن أصل العمل حصل بإذن صاحب الغزل، إلا أن فيه عيبًا،

وله أن لا يرضى بالعيب، ولا يتوفر حق صاحب الغزل فى العيب إلا بأن يعطيه أجر مثله عمله، فيعطيه[1] أجر مثل عمله، عملا بالخلاف.

ولأنه متى رضى بالعيب سقط اعتبار العيب حكمًا، وصار كأن أتى بالمأمور به، فلزمه المسمّى إلا فى النقصان، وإذا لم يرضَ بالعيب، لم يسقط اعتباره، فكان موافقًا من وجه، مخالفًا من وجه، فوجب أجر المثل.

ثم على قول هذا القائل إذا وجب اعتبار المسمّى، إن كان الخلاف من حيث القدر إن كان إلى زيادة يجب المسمّى لا غير، ولا يجب بسبب الزيادة شىء، وإن كان إلى نقصان، ينقص عن المسمّى بحصة ما نقص من العمل، وإن كان الخلاف من حيث الوصف، إن كان إلى زيادة يجب المسمّى، ولا يجب بسبب الزيادة شىء، وإن كان إلى نقصان يجب جميع المسمّى، إذ الفائت وصف، والأجر لايقابل الأوصاف.

١٤٠٢٠-قال: وإذا دفع إلى الخيّاط ثوبًا، وقال: انظر إلى هذا الثوب، فإن كفانى قميصًا فاقطعه، وخطه بدرهم، فقال: نعم، ثم قطعه، قال بعد ما قطعه: إنه لايكفيك، فالخيّاط ضامن قيمة الثوب، وإنما كان كذلك؛ لأن القطع حصل بغير إذن صاحب الثوب؛ لأن الإذن بالقطع معلق بشرط الكفاية؛ لأنه ذكر الشرط بحرف التعليق، والمعلق بالشرط عدمٌ قبل الشرط، فهو معنى قولنا: القطع حصل بغير إذن صاحب الثوب.

ولو كان قال للخيّاط: انظر إلى هذا الثوب، أيكفينى قميصًا، فقال: نعم، فقال له: اقطع، فقطعه، فإذا هو لا يكفيه قميصًا، لا ضمان عليه؛ لأن القطع ههنا حصل بإذن المالك؛ لأن الإذن بالقطع ههنا مطلق لا تعليق فيه؛ لأنه لم يذكر حرف التعليق، فبقى الإذن مفصولا عن أول الكلام.

ألا ترى أن من قال لامرأته: إن دخلت الدار أنت طالق، يقع الطلاق فى الحال، ولو قال: فأنت طالق، لا يقع إلا بعد الدخول، وما افترقا إلا بما قلنا.

ولو قال: انظر إلى هذا الثوب أيكفينى قميصًا، فقال: نعم، فقال صاحب الثوب: فاقطعه، أو قال: اقطع إذًا، فلما قطعه إذ لا يكفيه، لا ذكر لهذه المسألة فى الكتب.

---

(١) وفى "ف": فيعبر.

وحكى عن الفقيه أبي بكر البلخي رحمه الله : أنه قال : يضمن ، أما في قوله : اقطعه إذًا ، فلأنه مما لا يبتدأ به الكلام ، وإنما يذكر جوابًا للشرط ، فاقتضى شرطًا ، وصار كأن قال : إن كان يكفيني فاقطعه إذًا ، وأما في قول : فاقطع ؛ لأن حرف الفاء للتعليق ، فاقتضى شرطًا ، وصار كأنه قال : إن كان يكفيني قميصًا فاقطعه .

ونظير هذا ما رُوى عن أبي حنيفة رحمه الله في غير رواية الأصول فيمن قال لآخر : بعت منك هذا العبد بألف درهم ، فقال المشترى ، فهو حر ، كان قبولا وإعتاقًا بعد القبول ، ولو قال : هو حر ، لم يكن قبولا وإعتاقًا بعد القبول ، بل كان إعتاقًا قبل القبول ، وذلك لأن قوله : فهو حر ، إخبار عن حكم الإيجاب ، يقال : حررته فهو حر ، كما يقال : كسرته فانكسر ، وإذا كان إخبارًا عن حكم الإيجاب اقتضى إيجابًا ، والثابت اقتضاء كالثابت نصًّا ، كأنه قال بعد قول البائع : بعت حرّرت .

ولو قال : حررت تضمن قبولا ؛ لأن القبول شرط صحته ، فاقتضى قبولا ليصح ، كمن قال لآخر : أعتق عبدك عنى على ألف درهم ، فقال : أعتقت بيعًا ؛ لأنه شرط صحته ، فكذا هذا ، وقوله : هو حر ليس بإخبار عن حكم الإيجاب ، فإنه لا يعبّر عن حكم الإيجاب بهذه العبارة .

لا يقال : حرّرته هو حر ، كما لا يقال كسرت انكسر ، وإذا لم يكن إخبارًا عن حكم الإيجاب ، لم يقتض إيجابًا ، فبقى إخبارًا عن الحرية مطلقًا ، وليس من ضرورة صحّة الإخبار عن الحرية القبول ؛ لأنه يصح من غير قبول ، فأما من ضرورة صحة الإيجاب القبول ، فكذلك هذا .

١٤٠٢١-وفي "فتاوى الفضلي" : استأجر حمارًا ، وتركه على باب منزله ، ودخل المنزل ليرفع خشبة الحمار ، فخرج ولم يجد الحمار ، فإن غاب الحمار عن بصره ضمن ، إلا أن يكون ذلك في موضع يُعدّ هذا القدر من الذهاب تضييعًا ، مثل أن يكون في سكّة غير نافذة ، أو يكون في بعض القرى ، فحينئذٍ لا ضمان .

ورأيت في بعض الفتاوى : إذا ربط الحمار المستأجر على باب داره ، ودخل داره ، ثم خرج ولم يجد الحمار ، فهو ضامن إن غاب عن بصره من غير فصل ، وإن كان المستأجر حمارين ، فاشتغل بحمل أحدهما ، فضاع الآخر ، إن غاب عن بصره فهو

ضامن.

١٤٠٢٢-وفي "فتاوى الأصل": إذا استأجر حماراً فضل في الطريق، فتركه، ولم يطلبه حتى ضاع، قال: إن ذهب الحمار من حيث لا يشعر به، وهو حافظ له، فإذا علم فطلبه، ولم يظفر به، فلا ضمان عليه، وكذلك لو لم يطلب، وكان آيسا من وجوده لو طلب بالقرب في حوالي الموضع الذي ذهب منه لا ضمان؛ لأن المطلوب من الأمين الحفظ، وقد ذهب الحمار ههنا من غير ترك الحفظ، وإن ذهب وهو يراه ولم يمنعه، فهو ضامن، يريد به إذا غاب عن بصره؛ لأنه لما لم يمنعه فقد قصر في الحفظ، فيصير ضامنًا.

وعلى هذا مستأجر الحمار إذا جاء بالحمار إلى الخبّاز، وترك الحمار، واشتغل بشراء الخبز، فضاع الحمار، إن غاب عن بصره فهو ضامن، وإن لم يغب عن بصره، فلا ضمان.

١٤٠٢٣-وفي "فتاوى الفضلي": إذا استأجر حماراً، وربطه على أرية في سكة نافذة، وهناك قوم نيام ليسوا من عيال المستأجر، ولا من أجراءه، فسرق الحمار، فإن كان المستأجر لم يستحفظهم ضمن لتركه الحفظ الواجب عليه، وإن كان استحفظهم أو بعضهم، وقبلوا حفظه، ولم يكن اشتراط ركوب نفسه في عقد الإجارة، وكان الأغلب في مثل ذلك الموضع أن نوم من يحفظ الدواب فيه لا يكون إضاعة لها، لم تضمن؛ لأنه ليس بمضيع، ولا تارك للحفظ، وإن كان الموضع موضع نوم من يحفظ الدواب يكون إضاعة لها، فهو ضامن، يعني إذا لم يستحفظهم، فأما إذا استحفظهم، وقبلوا حفظه، فالضمان على الذي قبل الحفظ، لا على المستأجر؛ لأن الذي قبل الحفظ هو المضيّع.

هذا كله ذا لم يشترط المستأجر ركوب نفسه، أما إذا شرط ركوب نفسه، ضمن على كل حال؛ لأنه إذا شرط ركوب نفسه، ليس له أن يودعها من أجنبي؛ لأنه ليس له أن يعيرها، أو يؤجرها من غيرها، ومن ليس له الإعارة والإجارة، ليس له الإيداع؛ لأن الإعارة والإجارة نوع ائتمان، فأما إذا لم يشترط ركوب نفسه، فله أن يودع؛ لأن له أن يعير ويؤاجر، ومن له أن يعير ويؤاجر، فله أن يودع.

١٤٠٢٤-ومن هذا الجنس: رجل استأجر حماراً، واستأجر رجلا ليحفظ الدابة،

فهلكت الدابة فى يد الأجير، إن كان المستأجر استأجرها ليركب بنفسه يضمن، وإن لم يسمّ الراكب، فلا ضمان عليه، والمعنى ما ذكرنا.

وفيه أيضًا: استأجر حمارًا ليحمل عليها إلى المدينة، فحمل وساقه فى طريق المدينة، ثم تخلف بحاجة بول أو غائط، أو حديث من غير، فذهب الحمار قبله، وعطب، فإن لم يبعد عنه الحمار، ولم يتوار عنه، فلا ضمان، وإن توارى عن فهو ضامن؛ لأنه مضيّع.

وفى "فتاوى الأصل": مستأجر الحمار إذا أوقف الحمار، وصلّى الفجر، فذهب الحمار، أو انتهب، فإن رآ ينتهب، أو يذهب، فلم يقطع الصلاة ضمن؛ لأنه ترك الحفظ الواجب مع القدرة عليه؛ لأن خوف فوات المال مبيح قطع الصلاة.

وفيه أيضًا: وسئل أبو بكر رحمه الله عمّن أمر رجلا أن يستكرى له حمارًا، ويذهب إلى مكان كذا على أن يوفيه الآمر الأجرة، ففعل المأمور ذلك، وأدخله رباطًا، فهجم عليه اللصوص فى ذلك الرباط، واستولوا على الحمار، قال: فإن كان الرباط على الطريق الذى كان ممر المستأجر عليه، فلا ضمان، وعليه الأجر إن كان فرغ من استعماله؛ لأنه لم يخالف.

١٤٠٢٥-رجل استأجر رجلا، ودفع إليه حمارًا ليذهب إلى بلد كذا، ويشترى له شيئًا، فذهب المأمور، وأخذ السلطان حمر القافلة، فذهب بعض أصحاب الحُمر فى طلب الحُمر، ولم يذهب البعض، وهذا الأجير لم يذهب أيضًا، قال: إن كان الذين ذهبوا فى طلب الدواب منهم من وجد دابته، ومنهم من لم يجد دابته، ولايلام على من لم يذهب فى ترك الذهاب بسبب ما لزم من ذهب من الشدة والمشقة، فلا ضمان.

وفى "فتاوى الأصل" أيضًا: رجل استأجر من آخر حمارًا ليذهب به إلى موضع معلوم، فأخبر أن فى الطريق لصوصا، فلم يلتفت إلى ذلك الخبر، فذهب وأخذه اللصوص، وذهبوا بالحمار.

قال الفقيه أبو بكر رحمه الله: إن كان الناس يسلكون ذلك الطريق مع هذا الخبر بدوابهم وأموالهم، فلا ضمان، وإلا فهو ضامن؛ لأنه فى الفصل فى الأول ليس بمضيع، وفى الفصل الثانى مضيّع.

١٤٠٢٦-سئل الفقيه أبو جعفر رحمه الله : عن جماعة آجر كل واحد منهم حماره رجلا ، وأمروا رجلا يذهب معه تبعًا هذه الدواب[1] ، فإن لم يعرفه ، فذهب معه ، فقال له المستأجر : قف ههنا حتى أذهب أنا بحمار واحد ، وأحمل الجوالق ، فذهب بالحمار ، فلم يقدر عليه ، فلا ضمان على المتعاهد ؛ لأنهم أمروه بتعاهد ما في يد الغير ، وهو المستأجر ، فلا يلزمه العهدة .

١٤٠٢٧-ومن هذا الجنس في "فتاوى النسفي" : رجل استكرى دابة من القرية إلى المصر ، فبعث صاحب الدابة رجلا مع المستكرى ، فاشتغل المبعوث في الطريق بأمر ، وذهب اللمستكرى وحده ، وضاع الحمار من يده ، فلا ضمان على الرجل المبعوث ؛ لأن صاحب الدابة ما سلم الدابة إليه ، ولأنه ما ضيّع الدابة إنما تركها في يد المستكرى الذى هو أمين صاحب الدابة ، وأن لا يوجب الضمان .

وفي "فتاوى الفضلي" : اكترى رجمل حمارًا من بلدة كسره إلى بخارى ، فبقى الحمار في الطريق ، وصاحب الحمار ببخارا ، فأمر المستكرى رجلا أن ينفق على الحمار في علفه كل يوم مقدارًا معلومًا ، وقاطعه أجرته إلى أن يقبض صاحب الحمار حماره ، فأمسك الأجير الحمار أيامًا ، وأنفق عليه في علفه ، ثم هلكت الدابة في يد الأجير ، ففي المسألة حكمان ، حكم النفقة وحكم الضمان .

أما حكم النفقة فقد مرّ قبل ، وأما حكم الضمان فإن كان المستكرى اكترى لركوبه فهو ضامن قيمة الحمار ؛ لأنه إذا اكتراه لركوبه ، فليس له أن يودع على ما مرّ قبل هذا ، وإن كان اكتراه للركوب ، ولم يسمّ الراكب ، فلا ضمان عليه ؛ لأن له أن يودع في هذه الصورة .

١٤٠٢٨-وفيه أيضًا : وإذا دفع الرجل فرسه إلى رجل ليذهب به إلى قريته ، ويوصل إلى ولده ، فذهب به ، وسار مرحلة ثم إنه سيّب الفرس في رباط ، ومضى بوجهه ، فجاء رجل من أهل تلك القرية ، فمرّ على الرباط ، فعرف الفرس ، فاستأجر رجلا ليذهب به إلى تلك القرية ، فذهب الأجير بالفرس ، فهلك الفرس في الطريق ، فضمان الفرس على من يجب؟ قال : لاشك إن الأول ضامن بتسيّبه .

---

(١) وكان في الأصل "يتعاهد الدواب" وفي ظ "يتعاهدا الدواب" .

وأما مستأجر الأجير الذى ذهب بالفرس إلى منزله إن كان لم يأخذ الفرس، فلا ضمان عليه؛ لأنه لم يثبت يده على الفرس، وإن أخذه، ثم دفعه إلى الأجير، فإن أشهد أنه إنما أخذه ليرده على صاحبه، وكان الأجير من فى عياله، لا ضمان أيضًا؛ لأن الملتقط بالإشهاد يصير أمينًا، وللأمين أن يدفع الأمانة إلى مَن فى عياله، ويحفظه بيده، وإن ترك الإشهاد، أو أشهد لكن الأجير لم يكن فى عياله، ضمن؛ لأنه صار غاصبًا بالأخذ من غير إشهاد، أو صار ضامنًا بالدفع إلى من ليس فى عياله.

وأما الأجير فهو ضامن على كل حال؛ لأنه أثبت يده على مال الغير بغير إذنه، لا على وجه الحسبة، هكذا ذكره، وهذا الجواب فى حق الأجير مشكل إذا كان المستأجر أشهد على أنه أخذه ليرده على المالك، والأجير فى عيال المستأجر، وإن[1] سلم الفرس فى ذلك الرباط إلى ابن أخ صاحب الفرس، لا يبرأ عن الضمان، وإذا ضمن الأجير لا يرجع بما ضمن على المستأجر، بخلاف المودع والمستأجر، فإنما يرجعان بما ضمنا على المودع والمؤاجر؛ لأنهما يمسكان العين لصاحب العين.

أما المودع فظاهر، وأما المستأجر، فلأن صاحب العين يستحق عليه الأجرة بهذا الإمساك، وإنها عين والمستأجر يستحق المنفعة، والعين خير من المنفعة، فكانا عاملين لصاحب العين فى إمساك العين، فيرجعان بما لحقهما من الضمان على صاحب العين.

فأما الأجير فإنما يمسك العين لنفسه؛ لأنه بهذا الإمساك[2] يستحق الأجر على الغير بمقابلة منفعة نفسه، فكان فى هذا الإمساك عاملا لنفسه، فلا يرجع بما لحقه من الغرم على غيره.

١٤٠٢٩-وفى "فتاوى أبى الليث رحمه الله": رجل استأجر حمارًا لينقل التراب من خربة، فأخذ فى النقلة، فانهدمت الخربة، وهلك الحمار، فإن انهدمت من معالجة المستأجر، ضمن قيمة الحمار؛ لأن الحمار تلف بصنعه، وإن انهدمت من غير معالجة المستأجر، بل لرخاوة فيها، ولم يعلم المستأجر به، فلا ضمان؛ لأنه لم يتلف بصنعه، ولا قصر فى حفظه.

---

(١) وكان فى الأصل "وإنما سلم".

(٢) وفى ظ "لأن بهذا الإمساك عامل لنفسه يستحق الأجر. . . إلخ".

١٤٠٣٠-وفيه أيضًا : اكترى حمارًا ليحمل عليه الشوك، فدخل فى سكة فيها نهر، فبلغ موضعًا ضيقًا، فضرب الحمار، فوقع الحمار فى النهر مع الحمل، فاشتغل المستأجر بقطع الحمل، فهلك الحمار، إن كان المكان بحال لا يسع[1] مثل ذلك الحمار، فهو ضامن؛ لأنه عرض الحمار للتلف، وإن كان الحمار يسع فى ذلك الموضع مع الحمل إن عنف فى الضرب حتى وثب الحمار بضربه، يصير ضامنًا أيضًا، لما ذكرنا، وإن وقع لا من ضربه، فلا ضمان عليه؛ لأنه لم يتلفه لا مباشرة ولا تسببًا.

وفيه أيضًا : استأجر حمارًا لينقل عليه الحطب من الكرم، وكان ينقل عليه الحطب، ويوقر، كما يوقر مثله، فصدم الحمار على حائط، ووقع فى النهر وهلك، إن لم يعنّف على في السوق، بل ساق مثل ما يسوق الناس مثل ذلك الحمار فى مثل ذلك الطريق، فلا ضمان؛ لأنه ما تلف بفعله، وإن كان بخلافه، فهو ضامن.

١٤٠٣١-رجل استأجر حمارًا، وقبضه، فأرسل فى كرم وتركه، فسرقت بردعته، فأصابه البرد، فمرض فرده على صاحبه، فمات من ذلك المرض، إن كان الكرم حصينًا، والبرد بحال لا يضر بالحمار لو كان عليه البردعة، لا ضمان عليه؛ لأنه لم يقصّر فى حفظهما؛ لأنهما محفوظان، البردعة محفوظة عن السارق بحصن الكرم، والحمار محفوظ عن البرد لبردعته، وإن كان الكرم غير حصين[2]، والبرد بحال يضر بالحمار مع البردعة، ضمن قيمتهما.

أما ضمان البردعة فبتضييعه، وتركه الحفظ الواجب عليه، وأما ضمان الحمار؛ لأن إرساله فى برد مهلك بمنزلة إلقاءه فى النار، وذلك استهلاك، فلا يبرأ بالرد إلى المالك عن شيء من ضمانه، كما لو جرح المغصوب، ثم رد إلى المالك، فمات من ذلك، بخلاف ضمان الغصب، وإن كان البرد بحال يضر بالحمار مع البردعة، والكرم حصين، فعليه قيمة الحمار دون البردعة؛ لأنه أتلف الحمار دون البردعة.

ولو كان الكرم غير حصين، وكان البرد بحال لا يخاف التلف مع بردعته، فهو ضامن للقيمة البردعة، وعليه نقصان الحمار وقت الرد على صاحبه؛ لأنه بمنزلة الغاصب

---

(١) هكذا فى م، وفى نسخة ظ "وكان فى الأصل وف وفى نسخة ظ "لا يسير".

(٢) وفى ف، م "حصن".

للحمار حين أسله في الكرم، فإذا سلمه إلى صاحبه، برئ من الضمان بقدر ما رد، وتقرر عليه ضمان النقصان بموت الحمار.

١٤٠٣٢-زرع بين ثلاثة نفر بالشركة، حصدوها، فاستأجر واحدٌ منهم حماراً لينقل عليه حزم البر، فدفع الحمار إلى الشريك لينقل الحزم، فعطب الحمار، وكانت معاملاتهم أنه يستأجر أحدهم البقر أو الحمار، ويستعمله هو وشريكه، لا ضمان عليه؛ لأن المعروف كالمشروط، ولو شرط أن يستعمله شريكه لا يضمن، فكذا إذا كان المعروف بينهم ذلك.

قد ذكرنا قبل هذا إن الرجل إذا استقرض دراهم، وسلّم إلى المقرض حماره ليمسكه، ويستعمله حتى يوفى له دراهمه، فالحمار عند بمنزلة المستأجر إجارة فاسدة، فإن سلّمه[1] المقرض إلى بقار، فعقره الذئب، فالمقرض ضامن قيمة الحمار؛ لأن من استأجر حماراً أو ثوراً ليس له أن يبعث إلى السرح ليعتلف، فإذا فعل كان مخالفًا، فيضمن.

١٤٠٣٣-استأجر قَبّانًا ليزن به حملا، وكان في عمود، والقبّان عيب لم يعلم به المستأجر، فوزن به، وانكسر، فإن كان مثل ذلك الحمل يوزن بمثل ذلك القبان مع العيب، فلا ضمان؛ لأنه لم يوجد من سبب التلف، وإن كان بخلافه، فهو ضامن، هكذا في "فتاوى أبي الليث رحمه الله"، وينبغي أن يقال: إذا لم يعلم الآجْر المستأجر بالعيب، فقد أذن له أن يزن به القدر الذي يوزن في بدون ذلك العيب، فإذا وزن ذلك القدر لا يجب الضمان عليه.

١٤٠٣٤-استأجر قِدراً، فلما فرغ حملها على حمار ليردها على الآجر، فزلق رِجل الحمار وانكسر القدر، فإن كان الحمار يطيق حمل تلك القدر، فلا ضمان عليه؛ لأن رد القدر وإن كان على الآجر، إا أن العادة جرت فيما بين الناس أن يحمله المستأجر إلى الآجر، إما من طريق المروءة[2]، وإما خوفًا من أن يلحقه بسببه ضمان، والمعروف كالمشروط، ولأن المؤاجر راضٍ، فهذا إذن فيه دلالة، فلايضمن المستأجر، وإن كان

---

(١) وفي الأصل "فإنه".

(٢) هكذا في ظ وف، وكان في الأصل وم "المودة".

الحمار لا يطيق حمل تلك القدر، فهو ضامن؛ لأنه سبب لتلفها.

١٤٠٣٥-إذا استأجر فأسًا، واستأجر أجيرًا ليعمل له، فدفع إليه الفأس، فذهب الأجير بالفأس، فقد اختلف المشايخ رحمهم الله فيه، بعضهم قالوا: المستأجر ضامن[1]؛ لأنه صار مخالفًا بالدفع إليه.

وبعضهم قالوا: إن كان استأجر الأجير أولا، فلا ضمان، وإن كان استأجر الفأس أولا، فهو ضامن، هكذا ذكر في "فتاوى أهل سمرقند رحمهم الله"، وينبغي أن يقال: إن كان الناس يتفاوتون في استعمال الفأس، فلا بدّ لصحة الإجارة من تعيين مستعمل الفأس، كما لو استأجر دابة للركوب، يشترط لصحة الإجارة تعيين الراكب؛ لأن الناس يتفاوتون في الركوب، وإذا عيّن نفسه حتى صحّت الإجارة، يصير مخالفًا بالدفع إلى الأجير، وإذا لم يعيّن المستعمل حتى فسد العقد، فإن استعمل الفأس أولا بنفسه، ثم دفعه إلى الأجير، يضمن عند بعض المشايخ رحمهم الله إن لم يبين؛ لأنه تعين مستعملا، وصار كأنه عيّن نفسه عند العقد، فيضمن بالدفع إلى الأجير، وإن دفعه إلى الأجير قبل أن يستعمله نفسه، فهو ليس بمخالف.

فإن استعمله المستأجر بعد ذلك بنفسه، هل يضمن؟ يجب أن يكون في المسألة اختلاف المشايخ رحمهم الله، كما في العارية، فإن من استعار دابة للركوب، ولم يعيّن نفسه، أي استعار ثوبًا للبس، ولم يعيّن نفسه، فركب بنفسه، أو لبس بنفسه، فليس له أن يعير بعد ذلك من غيره، ولو فعل فقد اختلف المشايخ رحمهم الله في تضمينه، وكذلك لو ألبس غيره أولا، أو أركب غيره أولا، فليس له أن يلبس، ويركب بنفسه بعد ذلك، ولو فعل، ففي تضمينه اختلاف المشايخ رحمهم الله، فهنا يجب أن يكون كذلك.

وإن كان الناس لا يتفاوتون في في استعمال الفأس، فالإجارة صحيحة، عيّن المستعمل أو لم يعيّن، ولا ضمان على المستأجر إذا دفعها إلى الأجير، سواء دفعها إليه قبل أن يستعملها بنفس أو بعد ما استعملها بنفسه.

١٤٠٣٦-وفيه أيضًا: استأجر من رجل مرًا وجعل في الطريق، ثم صرف وجه من

---

(١) وكان في الأصل "المستأجر ضامن، فذاكر في فتاوى؛ لأنه صار . . . إلخ".

الطريق، ودعا أجيراً له، ولم يبرح عن مكانه ذلك، ثم نظر إلى المر، فإذا [هو][1] قد ذهب به، قال: إن كان تحويل وجه لم يطل حتى لا يسمّى به مضيعًا للمر، لا ضمان عليه، والقول فى ذلك قوله مع يمينه إن كذبه الآجر، وإن طال التفاته، فهو ضامن -والله أعلم بالصواب- .

(١) هكذا فى الأصل.

الفصل الثامن والعشرون
فى بيان حكم الأجير الخاص والمشترك

هذا الفصل يشتمل على أنواع أيضًا:

الأول: فى بيان الحد الفاصل بين الأجير المشترك والخاص وبيان أحكامهما:

فنقول -وبالله التوفيق-: اختلف عبارة المشايخ رحمهم الله فى الحدّ الفاصل بينهما، بعضهم قالوا: الأجير المشترك من يستحق الأجر بالعمل، لا بتسليم نفسه للعمل، والأجير الخاص من يستحق الأجر بتسليم النفس، وبمضى المدة، ولايشترط العمل فى حق لاستحقاق الأجر، وبعضم قالوا: الأجير المشترك من يتقبّل العمل من غير واحد، والأجير الخاص من يتقبل العمل من واحد، وإنما يعرف استحقاق الأجر بالعمل على العبارة الأولى بإيقاع العقد على العمل.

١٤٠٣٧-كما لو استأجر خيّاطًا ليخيط له هذا الثوب بدرهم، أو استأجر قصّارًا ليقصر له هذا الثوب بدرهم، وإنما يعرف استحقاق الأجر بتسليم النفس، وبمضى المدة بإيقاع العقد على المدة، كما لو استأجر إنسانًا شهرًا ليخدمه، والإجارة على العمل إذا كان معلومًا صحيح بدون بيان المدة، والإجارة على المدة لا تصح إلا ببيان نوع العمل.

وإذا جمع بين العمل وبين المدة، وذكر العمل أولا، نحو أن يستأجر راعيًا مثلا ليرعى له غنمًا مسماة بدرهم شهرًا، يعتبر هو أجير مشترك؛ لأنه جعله أجير مشترك بأول الكلام؛ لأن أوقع العقد على العمل فى أول كلامه، وقوله شهرًا فى آخر كلامه يحتمل أن يكون لإيقاع العقد على المدة، فيصير أجير وحد، ويحتمل أن يكون تقديرا للعمل الذى أوقع العقد عليه، فإنه لا بدّ من تقديره، ولا يمكننا تقديره إلا ببيان المدة فى هذه الصورة، فلا يغيّر أول الكلام بالاحتمال إلا إذا صرّح فى آخر كلامه بما هو حكم أجيرًا

لوحد، بأن قال: على أن لا ترعى غنم غيرى مع غنمى؛ لأنه لمّا صرّح جعله أجير وحد، وبيّن أنه ذكر المدة لإيقاع العقد على المدة، لا لتقدير العمل المذكور فى أول الشهر، ولذا كان صريحًا فى جعله أجير وحد تغير أول الكلام به، وصار أجير وحد.

وإذا ذكر المدة أولا، نحو أن يستأجر راعيًا شهرًا ليرعى له غنمًا مسماة بدرهم، يعتبر هو أجير وحد؛ لأنه جعله أجير وحد بأول الكلام؛ لأن أوقع العقد على المدة فى أول الكلام.

وقوله: ليرعى هذه الأغنام، محتمل بين أن يكون لإيقاع العقد على العمل، فيصير أجير مشترك وبين أن يكون لبيان نوع العمل الذى يستحق على الأجير فى المدة، فإن الإجارة على المدة لا تصح ما لم يبيّن نوع العمل، فيقول: استأجرتك شهرًا للخدمة، أو للرعى، أو للحصاد؛ لأن أنواع العمل متفاوت، وإذا كان كذلك لا يتغير حكم أول الكلام بالاحتمال، فيبقى أجير وحد إلا إذا نصّ فى آخر كلامه بما هو حكم الأجير المشترك، فيقول: وترعى غنم غيرى مع غنمى، فيكون تصريحًا منه أنه جعله أجير مشترك، فيتغير به أول الكلام، ويصير أجير مشترك من هذا الوجه.

إذا عرفت الحد الفاصل بين الأجير الخاص وبين الأجير المشترك، فنقول: من حكم الأجير الخاص أن ما هلك على يده من غير صنعة، فلا ضمان عليه بالإجماع، وكذلك ما هلك من عمله المأذون فيه، فلا ضمان عليه بالإجماع، ومن حكم الأجير المشترك أن ما هلك فى يده من غير صنعة، فلا ضمان عليه فى قول أبى حنيفة رحمه الله، وهو قول زفر والحسن رحمهما الله، وأنه قياس، سواء هلك بأمر يمكن التحرز عنه، كالسرقة والغصب، أو بأمر لايمكن التحرّز عنه، كالحريق الغالب والغارة الغالبة والمكابرة.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إن هلك بأمر يمكن التحرز عنه، فهو ضامن، وإن هلك بأمر لا يمكن التحرز عنه فلا ضمان، وما هلك فى يده بعمله بالقصار إذا دقّ الثوب فتخرق، أو ألقاه فى النورة فاحترق، أو الملاح إذا غرقت السفينة من مدة، والحمّال إذا تعثّر فهو ضامن عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله؛ لأن الهلاك حصل من عمل غير مأذون فيه؛ لأن الهلاك حصل من دق مخرق، والدق المخرق غير مأذون فيه؛

لأنه لم يدخل تحت العقد.

بيانه: إن المعقول عليه في حق الأجير عمل في الذمة، وأنه نوعان: سليم ومعيب، والمستحق بحكم المعاوضات السليم دون المعيب، وفي وُسعه تسليم السليم؛ لأن العيب إنما يحصل بخرق وعنف يكون من العامل، والتحرّز عنه ممكن، فلا يدخل المخرق تحت العقد والإذن، بخلاف المعين؛ لأن المعين متبرّع في العمل، فلا يستحق عليه عمل سليم عن العيب بمطلق الإعانة، كما في هبة العين بخلاف ما نحن فيه، وبخلاف البزاغ والختان؛ لأنه ليس في وسعهما تسليم السليم؛ لأن السلامة بعد وجود القطع بحدّه إنما يكون بدفع السراية، ودفع السراية إنما يكون بقوة طبع المعقود به البزغ، فلا يكون دفع ذلك في وسع الفاعل، فلا يصير مستحقًا عليه، بخلاف ما نحن فيه، فإن الدق السليم عن الخرق في وسعه، فيصير مستحقًا عليه بحكم المعاوضة، وبخلاف الأجير الوحد؛ لأن المعقود عليه في حق الأجير الوحد تسليم النفس في مدة عمل، أو لم يعمل، والأجر في حقه بمقابلة تسليم النفس، لا بمقابلة العمل، وإذا لم يكن الأجر في حقه بمقابلة العمل كان معيّنا في حق العمل، فلا يستحق عليه عمل سليم.

ثم إذا وجب الضمان على الأجير المشترك بما جنت يده عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله، كان المستأجر بالخيار، إن شاء ضمنه قيمة ثوبه غير معمول، ولا أجر له، وإن شاء ضمنه قيمته معمولا، وعليه أجر المثل؛ لأنه موافق في أصل العمل مخالف في الصفة، فإن شاء صاحب الثوب مال إلى الخلاف، وضمّنه قيمة ثوبه غير معمول، ولا أجر له؛ لأنه لم يسلم العمل، وإن شاء مال إلى الوفاق، وأخذ الثوب، وأعطاه أجر مثله.

١٤٠٣٨-ثم الأجير المشترك إنما يضمن بما جنت يده[1] عندنا إذا كان محل العمل مسلمًا إليه تسليمًا يكفي لنقل ضمان العقد لو كان مشتريًا، والمضمون مما يجوز أن يضمن بالعقد، وفي وسع الأجير دفعه، وإنما يشترط أن يكون محل العمل مسلمًا إليه؛ لأن ما يجب على الأجير المشترك من الضمان بجناية يده إذا لم يتعمّد، ولم يخالف ضمان العقد، فإنه لو لا هذا العقد بأن كان معينًا لا يضمن، وضمان العقد لا يستوفى من العاقد

(١) وفي ف "بما جنت في يده".

إلا بالتخلية، كما في بيع العين، وإنما شرطنا أن يكون المضمون بحال يجوز أن يضمن بالعقد؛ لما ذكرنا أن ما يجب على الأجير المشترك من الضمان بجناية يده إذا لم يتعمد، ولم يخالف ضمان عقد، وإنما يضمن بالعقد ماله أثر في إيجابه وهو المال، فأما المضمون إذا كان شيئًا لا يضمن بالعقد بحال كالدم، فإن لا يجب الضمان فيه على الأجير، وإنما شرطنا أن يكون في وسع الأجير دفع ذلك الفساد؛ لأن العقد إنما ينعقد على ما في وسع الأجير لا على ما ليس في وسعه -والله أعلم-.

نوع آخر

في الحمال ومكاري الدابة والسفينة:

١٤٠٣٩-قال محمد رحمه الله في "الجامع الصغير" في رجل استأجر حمالا ليحمل له دنّا من الفرات إلى مكان معلوم بأجر معلوم، فوقع الحمّال في بعض الطريق، وانكسر الدنّ، فإن شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله، ولا أجر له، وإن شاء ضمنه في المكان الذي انكسر، وأعطاه من الأجر بحساب ذلك، وهذا مذهب علمائنا الثلاثة رحمهم الله؛ لأن الحمّال أجير مشترك هلك العين في يده بوقوعه وعثاره، والتحرّز عن ممكن في الجملة، فيجب على الضمان عندنا لمامرّ، والمستأجر بالخيار على نحو ما بيّنا؛ لأن الحمال موافق من وجه، فإن أمر بالحمل، وقد حمل مخالف من وجه؛ لأنه أمره بالحمل على وجه يصير الدنّ محمولا إلى مكان معين، ولم يأت بذلك الحمل، فإن شاء مال إلى جهة الخلاف، وضمنه في المكان الذي حمل، ولا أجر له؛ لأنه لم يسلم العمل، وإن شاء مال إلى جهة الوفاق، وضمنه في المكان الذي انكسر، وأعطاه من الأجر بحساب ذلك.

وفي هذه المسألة إشكالان: أحدهما: أنه قال له أن يضمنه قيمته في المكان الذي حمل، ولم يوجد منه سبب ضمان في ذلك المكان، والثاني: أنه قال: إذا ضمنه قيمته في المكان الذي انكسر أعطا الأجر بحسابه، جمع بين الأجر والضمان، والأجر مع الضمان لا يجتمعان على مذهبنا.

والجواب عن الإشكال الأول: لا، بل وجد سبب الضمان في ذلك المكان، وهذا

لأن سبب الضمان وإن كان هو من عمله ذلك حالة الانكسار، إلا أن الفساد الحاصل من عمل استند إلى حالة العقد؛ لأن الانكسار من عمله إنما أوجب الضمان باعتبار العقد، فإن بدون عقد الإجارة الأجير يكون معينًا فى الحمل، ولا ضمان على المعين، ولما كان وجوب الضمان باعتبار العقد، كان سبب وجوب الضمان العقد من حيث الاعتبار، والحكم مضاف إلى السبب، فقد وجد سبب الضمان من حيث الاعتبار فى مكان الحمل، ومن حيث الحقيقة وجد سبب الضمان فى المكان الذى انكسر من عمله، فلهذا يخيّره.

والجواب عن الإشكال الثانى: الأجر مع الضمان إنما لا يجتمعان عندنا فى حالة واحدة، وقد اختلفت الحالة هنا، بيان أنه إذا ضمنه قيمته فى المكان الذى انكسر، فقد جعل المتاع أمانة عنده من حيث حمل إلى المكان الذى انكسر، فالأجر يجب له فى حالة الأمانة، وإنما صار مضمونًا عند الكسر، وهذه حالة أخرى بعد انقضاء حالة الأمانة، ومثل هذا جائز.

ألا ترى أنه لو حمل المتاع إلى ذلك المكان المعيّن، ثم أخرق أو طرحه، فإنه يضمن قيمته فى ذلك المكان الذى أخرقه أو طرحه، ولا يبطل الأجر؛ لأن الأجر واجب فى حالة الأمانة، وهذه حالة أخرى، فلم يجتمع الأجر والضمان إذًا.

ومن وجه آخر: أن الأجر مع الضمان إنما لا يجتمعان؛ لأن بالضمان يصير المضمون ملكًا للآجر، فتبين أنه عمل فى ملك نفسه، وهذا المعنى لا يتأتى ههنا؛ لأن إذا ضمنه فى المكان الذى انكسر، فإنما يملكه الحمال فى المكان الذى انكسر، فيبقى حاملا إلى هذا المكان ملك العين، فيستحق الأجر، وصار كما لو استهلك المتاع بعد ما سلّمه إلى المالك.

هذا إذا انكسر فى وسط الطريق، فأما إذا سقط من رأسه، أو زلق رجله بعد ما انتهى إلى المكان المشروط، وانكسر الدنّ فله الأجر، ولا ضمان عليه.

حكى عن القاضى ساعد النيسابورى رحمه الله هكذا؛ لأنه حين انتهى إلى المكان المشروط، لم يبقَ الحمل مضمونًا عليه، فإنه استوجب جميع الأجر، وصار الحمل مسلمًا إلى صاحب الدن، حتى لا يستحق بالحبس، والمتولد من عمل غير مضمون لا

يكون مضمونًا عليه، بخلاف ما إذا انكسر فى وسط الطريق؛ لأن الحمل مضمون؛ لأنه لم يقع الفراغ عنه بعد.

وهذا الذى حكى عن القاضى ساعد يوافق قول محمد آخر، أما على قول أبى يوسف رحمه الله، وهو قول محمد رحمه الله أولا، فالحمال يجب أن يكون ضامنًا، فقد ذكرنا بعد هذا عن ابن سماعة رحمه الله فى رجل استأجر حمالا ليحمل له فرقا من سمن إلى بيته، فحمل الحمال إلى بيته، ثم أنزله الحمال مع صاحب الفرق من رأس الحمال، فوقع من أيديهما وهلك، فالحمال ضامن فى قول أبى يوسف رحمه الله، وهو قول محمد رحمه الله أولا، فأبو يوسف رحمه الله ما اعتبر الوصول إلى بيت صاحب العراق، إذ لو اعتبر ما قال بوجوب الضمان، وإنما اعتبر معنى آخر، وهو أن يد الحمّال قد ثبت، وصار الفررق فى ضمانه، فلا يبرأ عن الضمان إلا إذا زال يد الحمّال من كل وجه، وإذا وضعاه عن رأس الحمال فما ذاك يد الحمال من كل وجه.

وفى مسألتنا لم يزل يد الحمال أصلا، فأولى أن لا يبرأ عن الضمان عنده ههنا، ثم رجع محمد عن هذا، وقال: لا ضمان على الحمّال، وأشار إلى المعنى أن السمن وصل إلى صاحبه، فيبرأ عن الضمان، هذا إذا حصل التلف بجناية يده.

أما إذا حصل التلف لا بجناية يده، إن حصل بأمر لا يمكن التحرز عنه، لا ضمان عليه بالإجماع، وله الأجر؛ لأن عمل الحمال يعتبر مسلمًا إلى المالك فى موضع لم يجب الضمان على الحمال، فإنما هلك المتاع بعد التسليم، فلا يسقط الأجر، وإن هلك بأمر يمكن التحرّز عنه، فكذلك عند أبى حنيفة رحمه الله: لا ضمان عليه، وله الأجر بحساب ذلك، وعندهما رحمهما الله يجب الضمان، وللمالك الخيار، كما لو حصل التلف بجناية يده.

١٤٠٤٠-قال محمد رحمه الله فى "الأصل": فى الملاح إذا أخذ الأجر، وغرقت السفينة من موج أو ريح أو مطر أو من شىء ليس فى وسع دفعه، فلا ضمان عليه، وإن حصل الغرق من أمر يمكن التحرز عنه، فكذلك عند أبى حنيفة رحمه الله، خلافًا لهما، فإن حصل الغرق من عمله، بأن غرقت من مده، أو من خرقه، يضمن إذا لم يكن صاحب المتاع فيها؛ لأن محل العمل مسلم إليه، والمضمون مما يجوز أن يضمن بالعقد،

وفى وسع الأجير دفع ذلك، وإن كان صاحب المتاع فى السفينة أو وكيله، وغرقت السفينة من مده ومعالجته، فلا ضمان عليه إلا أن يخالف؛ لأن محل العمل غير مسلم إليه إذا كان صاحب الطعام فى السفينة، وكان بمنزلة ما لو عثرت الدابة المستأجرة من سوق أجير المشترك، فسقط الحمل، ففسد، وصاحب المتاع راكب على الدابة، فإنه لا يضمن الأجير؛ لأنه لم يخل بينه وبين المتاع، فكذلك هذا.

وذا بخلاف ما لو عثرت الدابة المستأجرة، فسقط المتاع، فهلك وصاحب المتاع يسير معه خلف الدابة، فإن الأجير يضمن؛ لأن الهلاك حصل من جناية يده، ومحل العمل مسلم إليه؛ لأنه سلّم المتاع إليه، وسيره معه خلف الدابة ليس باسترداد لما دفع إليه، ألا ترى أنه بهذا السير غير متمكن من الدابة، فكيف يتمكن مما عليها، بخلاف راكب السفينة؛ لأن متمكن من السفينة، فيكون متمكنًا مما كان فى السفينة، فلا تحصل التخلية قياس مسألة السفينة من الدابة إن كان صاحب المتاع راكبًا على الدابة، فعثرت الدابة من سياقه، وسقط المتاع، وهلك، ولو كان كذلك لا يضمن، كذا هنا.

١٤٠٤١-وفى "المنتقى": لو حمل متاعًا على حمّال، وصاحب المتاع يمشى معه، فعثر الحمال، وسقط المتاع، وفسد، فهو ضامن؛ لأن عثاره من جناية يده، وقال أبو حنيفة رحمه الله: وإن كان على الدابة مملوك صغير صغير لرب المتاع، استأجر الدابة ليحملهما، فعثرت الدابة فوقعا، فمات المملوك، وفسد الحمل، فإنه يضمن الحمل، ولا يضمن المملوك، وإن كان الهلاك من جناية يده؛ لأن المضمون هو الدم؛ لأنه صار قاتلا للعبد، وما يجب بقتل العبد ضمان دم، والدم مما لا يضمن بالعقد، بخلاف المتاع.

ثم إنما يضمن المتاع إذا كان العبد بحيث لا يصلح لحفظ المتاع، فأما ذا كان يصلح لحفظ المتاع لا يضمن المتاع؛ لأنه فى يد العبد، ويد العبد يد المالك، فكان بمنزلة ما لو كان على الدابة وكيل المولى، وقد نص على هذا فى مسألة السفينة، فقال: وكذلك السفينة لو حمل فيها رقيقًا له مع متاعه، ومثلهم لا يحفظون شيئًا، فغرقت السفينة من فعله، وهلك المتاع، وهلك الرقيق، فإن الملاّح يضمن المتاع، ولا يضمن الرقيق، شرط لضمان المتاع أن لا يصلح مثل هذا الرقيق للحفظ، فهذا يبين لك أنه إذا كان يصلح أن لا يضمن المتاع، وكذلك ما هلك من غير صنع الأجير المشترك إنما يجب عليه ضمانه عندهما إذا صار

العين مسلمًا إلى الأجير، حتى قال محمد رحمه الله: وإذا كان رب المتاع والمكارى راكبين على الدابة المستأجرة أو سائقين أو قائدين، فعثرت الدابة فهلك المتاع الذى عليه لا ضمان على المكارى.

١٤٠٤٢-وكذا روى عن أبى يوسف رحمه الله: أنه إذا سرق المتاع من دار الحمال، ورب المتاع معه، فلا ضمان عليه؛ لأن يد صاحب المتاع قائم على المتاع بعد، وقيام يده يمنع وقوع التسليم إلى غيره.

١٤٠٤٣-قال القدورى رحمه الله فى كتابه: ولو كان الطعام فى سفينتين مقرونتين أو غير مقرونتين، إلا أنهما يسيران معًا ويحبسان معًا، وصاحب المتاع فى إحداهما، فلا ضمان على الملاح فيما هلك.

وفى "المنتقى": لو كان سفن كثيرة، وصاحب المتاع أو الوكيل فى إحداها، فلا ضمان على الملاح فيما ذهب من السفينة التى فيها صاحب المتاع أو وكيله، وضمن ما سوى ذلك، قال: هذا كله قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله، قال ثَمة: ولأبى يوسف فيما إذا كانت السفن كثيرة قول آخر، فقال: إذا كانت السفن تنزل معًا وتسير معًا، حتى تكونوا فى رفقة[1] واحدة، فلا ضمان على الملاح، وإن تقدم بعضًا بعضًا.

وكذلك القطار إذا كان عليها حمولة، ورب الحمولة على بعير، فلا ضمان على الحمّال؛ لأن يد صاحب المتاع ثابتة على جميع ذلك.

١٤٠٤٤-وعن أبى يوسف رحمه الله: فيمن استأجر حمّالا ليحمل له فرقا من سمن، فحمله صاحبه، والحمّال ليضعاه على رأس الحمال، فوقع وتخرق الفرق، لا يضمن الحمّال؛ لأن لم يسلم إليه السمن، فإن السمن يعد فى يد صاحبه، ولا ضمان على الحمّال بدون التسليم، وهكذا رروى ابن سماعة رحمه الله فى "نوادره" عن محمد رحمه الله قال فى "نوادره": ولو حمله، ثم وضعه فى بعض الطريق، ثم أراد رفعه، فاستعان برب الزق، فرفعا يضعانه، فوقع فتخرق فالحمال ضامن؛ لأنه صار فى ضمانه حين حمله، ولم يبرأ منه بعد ذلك؛ لأنه لم يسلمه إلى صاحبه، وإن حمله إلى بيت صاحبه، ثم أنزله الحمال مع صاحب الفرق من رأس الحمال، فوقع فى أيديهما،

---

(١) وفى حاشية ظ "دفعة" فى نسخة.

فالحمّال ضامن عند أبي يوسف رحمه الله، وهو قول محمد رحمه الله أولا؛ لأن يد الحمّال قد ثبت وصار في ضمانه، فلايبرأ إلا إذا زال يد الحمّال من كل وجه، وإذا وضعاه جميعًا، فيد الحمال لم يزل، فلا يزول الضمان، ثم رجع محمد رحمه الله، وقال: لا ضمان على الحمّال؛ لأن السمن قد وصل إلى يد صاحبه، فيبرأ عن الضمان.

قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: القياس أن يضمن الحمّال النصف؛ لأن الفرق وقع من فعلهما وكثير من مشايخنا رحمهم الله أفتوا به، وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله إذا كان رب المتاع والمكاري يسوقان الدابة، فلا ضمان على المكاري، وعن أبي يوسف رحمه الله إذا كان رب المتاع مع المكاري، فعثرت الدابة، فلا ضمان على المكاري، وإن كان عثار الدابة من سياقه أو قياده.

١٤٠٤٥-قال محمد رحمه الله في "الأصل": إذا انقطع حبل الحمّال، وسقط الحمل، ضمن الحمّال بالاتفاق؛ لأنه لما شدّه بحبل لا يحتمله، فكأنه هو المسقِط للحمل، فكان التلف حاصلا من جناية يده معنى.

١٤٠٤٦-وفي "فتاوى أبي الليث رحمه الله": الحمّال إذا أنزل في مفازة، وتهيؤ له الانتقال، فلم ينتقل حتى فسد المتاع بسرقة أو مطر، فهو ضامن، وتأويله إذا كان السرقة والمطر غالبًا؛ لأنه حينئذٍ يكون مضيّعا، وفي "الواقعات": استأجر حمّالا يحمل ل طعامًا في طريق كذا، فأخذ في طريق آخر يسلكه الناس، فهلك المتاع، فلا ضمان، وهكذا ذكر في "الجامع الصغير"، قالوا: وهذا إذا كان الطريقان متقاربين؛ لأنه حينئذٍ لا يصح التعيين لعدم الفائدة، فأما إذا كان بينهما تفاوت ظاهر من حيث الطول والقصر أو السهولة والصعوبة، ضمن الأجير، وهو رواية شام عن محمد رحمه الله، غير أنه أنه أطلق في الكتاب؛ لأن الطريقين إذا كانا يسلكهما الناس قلّ ما يقع التفاوت بينهما حتى لو حمله في البحر ضمن، وإن كان مما يحمله الناس لما كان بينما تفاوت فاحش، ولكن إذا بلغ فله الأجر في البحر وغيره؛ لأنه إذا سلم يبقى التفاوت صورة، فلا يمنع وجوب الأجر.

قال الناطفي رحمه الله: وهكذا الجواب عندي في البضاعة إلا أن يأذن صاحبه في الحمل البحر، وفي فتاوى أبي الليث رحمه الله: إذا استأجر مكاريًا يحمل له عصيرًا على

دابته إلى موضع معلوم، فلما أراد أن يضعه عن الدابة أخذ أحد العدلين من جانب، ورمى بالعدل الآخر من الجانب الآخر، فانشق العدل من رميه، وخرج العصير، فالمكارى ضامن لنقصان الزق وللعصير؛ لأن الهلاك كان بصنعه.

١٤٠٤٧-استأجر حمّالا ليحمل حقيبته إلى مكان معلوم، فانشقت الحقيبة بنفسها، وخرج ما فيها، قال الفقيه أبو بكر رحمه الله : الحمّال ضامن كالحمّال إذا انقطع حبله، قال الفقيه أبو الليث رحمه الله فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله لا يضمن الحمّال، ولا يشبه هذا انقطاع الحبل؛ لأن ثمّة التفريط كان[1] من قبل الحمّال، حيث شدّ الحمل بحبل واهى، وهنا التقصير من قبل صاحب الحقيبة، حيث جعل ماله فى حقيبة لا يستمسك ما فيها، قال الفقيه رحمه الله : وبه نأخذ، ونحن نفتى به أيضًا.

وفى "فتاوى الفضلى رحمه الله" : إذا دفع حِملا إلى مكارى ليحمله إلى موضع، وشرط على أن يسير ليلا، وصاحب الحمل معه يسيران ليلا، فضاعت الدابة مع الحمل، قال : إن كان المكارى ضيّع بترك الحفظ ضمن بلا خلاف، وإن ضاعت الدابة من غير تضييع من المكارى، لم يضمن المكارى فى قول أبى حنيفة، خلافًا لهما، وينبغى أن لا يضمن إذا كان رب المتاع يسير معه بلا خلاف بدليل ما مرّ قبل هذا.

وفى "فتاوى أبى الليث رحمه الله" : مكارى حمل كرابيس رجل، فاستقبله اللصوص، فطرح الكرابيس، وذهب بالحمار، قال : إذا كان لا يمكن التخليص منهم بالحمار والكرابيس، فكان يعلم أنه لو حمله أخذ اللصوص الحمار والكرابيس، فلا ضمان؛ لأنه لم يترك الحفظ مع القدرة عليه -والله أعلم-.

نوع آخر
فى النسّاج والخيّاط:

قد ذكرنا بعض مسائل النسّاج فى فصل الحبس بالأجر : ومن جملة ما لم يذكر ثمّة نسّاج كان ساكنًا مع صهره، ثم اكترى دارًا، وانتقل إليها، وترك الغزل ثمة، فلا ضمان عليه عند أبى حنيفة رحمه الله؛ لأن الغزل ما دام ثمة، فهو ساكن عنده ثمة،

(١) وفى ف "كما كان".

فالسكنى عنده لا تبطل ما دام بعض المتاع باقيًا، وعندهما هو ضامن على كل حال.

١٤٠٤٨-وفى "فتاوى الفضلى رحمه الله": إذا دفع إلى نسّاج غزلا لينسجه كرباسًا، فدفع النساج إلى آخر لينسجه، فسرق من عند الآخر، إن كان الآخر أجير الأول، فلا ضمان على واحد منهما، وإن لم يكن أجير الأول، وكان أجنبيّا، ضمن الأول بلا خلاف، ولا يضمن إلا فى قول أبى حنيفة رحمه الله، خلافًا لهما، وهو نظير المودع إذا أودع الوديعة من أجنبى بغير إذن المالك.

وفى "القدورى": ومن استؤجر على عمل، فله أن يعمل بنفسه وأجراءه، إلا إذا شرط عليه العمل بنفسه، فعلى ما ذكر القدورى إذا كان الآخر أجير الأول، إنما لا يضمن الأول بالدفع إليه إذا لم يشترط على الأول عمله بنفسه، أما إذا شرط عليه العمل بنفسه، يضمن بالدفع إلى الآخر، وإن كان الآخر أجيرًا للأول.

١٤٠٤٩-وفى "فتاوى أهل سمرقند رحمهم الله": نسّاج ترك كرباس رجل فى بيت الطراز، فسرق ليلا، فإن كان بيت الطراز حصينًا يمسك الثياب فى مثله لا يضمن، وإن لم يكن حصينًا، ولا يمسك الثياب فى مثله، إن رضى صاحب الكرباس بترك الكرباس فيه، فلا ضمان، وإلا فهو ضامن.

وفى "فتاوى أبى الليث رحمه الله": دفع إلى نسّاج كرباسًا بعضه منسوج، وبعض غير منسوج، فسرق من عنده، فعلى قول من يقول: بأن الأجير المشترك يضمن ما هلك على يد من غير صنعه، ويضمن النسّاج كل الثوب؛ لأن المنسوج مع غير المنسوج كشىء واحد؛ لاتصاله به، وكذا نسج الباقى يزيد فى قيمة المنسوج، فكان أجيرًا مشتركًا فى الكل.

١٤٠٥٠-وفى هذا الموضع أيضًا: إذا دفع إلى خياط كرباسًا فخاط قميصًا، وبقى منه قطعة، فسرقت القطعة، فهو ضامن، وكذا لو دفع صرمًا إلى إسكاف، ففضل عنه شىء، فسرق منه؛ لأنه أثبت يده على مال الغير بغير إذنه؛ لأن المالك إنما سلّم إى للقطع لا غير، فإذا قطع يجب على رد الزيادة.

١٤٠٥١-وذكر الحاكم فى "المنتقى": إذا دفع إلى خياط ثوبًا، وقال: اقطعه حتى يصيب القدم، وكمه خمسة أشبار، وعرضه كذا، فجاء به ناقصًا، قال: إن كان قدر

أصبع أو نحوه فليس بشيء، وإن كان أكثر منه فله أن يضمنه، وكثير من مسائل الخيّاط مرت فى الفصل السابع والعشرين -والله أعلم بالصواب-.

نوع آخر

من مسائل الحمام:

١٤٠٥٢-قد ذكرنا بعض المسائل العائدة إلى الحمام فى فصل إجارة الحمام، ومن جملة ما لم يذكر ثمّة: رجل دخل الحمام، وقال لصاحب الحمام: احفظ الثياب، فلما خرج لم يجد ثيابه، فإن أقرّ صاحب الحمام أن غيره رفعه، وهو يراه ويظنّ أنه يرفع ثياب نفسه فهو ضامن؛ لأنه تارك الحفظ حيث لم يمنع القاصد، وهو يراه، وإن أقر أنى رأيت أحدا يرفع ثيابك إلا أنى ظننت أن الرافع أنت، فلا ضمان، هكذا ذكر؛ لأنه لم يصر تاركًا للحفظ لما ظنّ الرافع أنه هو، وإن سرق وهو لا يعلم به، فلا ضمان عليه إن لم يذهب من ذلك الموضع، ولم يضيعه[1]، وهذا قول الكل؛ لأن صاحب الحمام مودع فى حق الثياب إذا لم يشترط له بإزاء حفظ الثياب أجر، فأما إذا شرط له بإزاء الحفظ أجر، أو دفع الثياب إلى الثيابى، وهو الذى يحفظ الثياب بأجرة، وفارسيته جامه دار، فلا ضمان عليه فيما سرق عند أبى حنيفة رحمه الله، خلافًا لهما رحمهما الله؛ لأنه أجير مشترك.

١٤٠٥٣-وفى "فتاوى الفضلى": امرأة دخلت الحمام، فأعطت ثيابها إلى المرأة التى تمسك الثياب بأجر، وفارسيتها جامه داد، فلمّا خرجت لم تجد عندها ثوبًا من ثيابها، قال: إن كانت هذه المرأة قبل هذه المرة تدخل هذه الحمام، وتدفع ثيابها إلى هذه الممسكة، وتعطيها الأجر على حفظ ثيابها، فلا ضمان عليها عند أبى حنيفة رحمه الله، خلافًا لهما، وإن كان هذا أول مرة دخلت هذه الحمام، ودفعت ثيابها إلى هذه الممسكة، فلا ضمان عليها فى قولهم جميعًا؛ لأنه إذا كان هذا أول مرة، ولم تدفع إليها أجر، ولا شرط لها أجرًا، فهى مودعة لا أجيرة مشتركة، هكذا ذكر، وعلى قياس ما ذكرنا عن محمد رحمه الله: أن كل عمل لا يعمل إلا بأجر، فالأمر به لمن يرصد له استئجار ينبغى أن تكون الثيابية أجيرة مشتركة عند محمد رحمه الله حتى تضمن عنده،

---

(١) وفى م "ولم يضعه".

والفتوى على قول أبى حنيفة رحمه الله : إن الثيابى لا يضمن إلا بما يضمن المودع .

١٤٠٥٤ -رجل دخل الحمام، وقال لصاحب الحمام : أين أضع الثياب ، فأشار صاحب الحمام إلى موضع ، فوضع ثمة ، ودخل الحمّام، ثم خرج رجل ، وأخذ الثياب ، فلم يمنعه صاحب الحمام؛ لأنه ظن صاحب الثياب ، ضمن صاحب الحمّام؛ لأن هذا استحفاظ له ، فصار مودعًا ، وقد قصر فى الحفظ ، فيصير ضامنًا ، وهذا قول أبى سلمة[1] وأبى نصر الدبّوسى رحمهما الله ، وكان أبو القاسم رحمه الله يقول : لا ضمان على صاحب الحمّام، والأول أصحّ .

وهو نظير ما لو دخل رجل بدابته خانًا ، وقال لصاحب الخان : أين أربطها؟ فقال : هناك ، فربط وذهب ، فلما رجع لم يجد دابته ، فقال صاحب الخان لصاحب الدابة : إن صاحبك قد أخرج الدابة ليسقيها ، ولم يكن له صاحب ، ضمن صاحب الخان؛ لأن قوله : أين أربطها استحفاظ لصاحب الخان ، فإذا أشار إلى موضع الربط ، فقد أجابه إلى الحفظ ، فصار مودعًا ، وقد قصر فى الحفظ ، فصار ضامنًا ، كذا هنا .

١٤٠٥٥ -رجل دخل الحمّام، ونزع الثياب[2] بين يدى صاحب الحمام، ولم يقل بلسانه شيئًا ، فدخل الحمام، ثم خرج ، ولم يجد ثيابه، فالمسألة على وجهين : إن لم يكن لحمام ثيابى يضمن صاحب الحمام ما يضمن المودع ؛ لأن وضع الثوب بمرأى عين صاحب الحمام إذا لم يكن ثيابى استحفاظ له ، وإن كان للحمام ثيابى ، إلا أنه لم يكن حاضرًا ، فكذلك الجواب أيضًا ، وإن كان حاضرًا لا يضمن صاحب الحمام؛ لأن هذا استحفاظ للثيابى دلالة دون صاحب الحمام، فلا يضمن صاحب الحمام إلا إذا نصّ صاحب الثياب على استحفاظ صاحب الحمام، بأن قال له : أين أضع الثياب ، فحينئذٍ يصير الحمام مودعًا ، فيضمن ما يضمن المودع .

١٤٠٥٦ -وإذا دخل رجل الحمام، ودفع ثيابه إلى صاحب الحمام، واستأجره للحفظ ، واشترط عليه الضمان إذا تلف ، فضاع الثياب ، كان الفقيه أبو بكر رحمه الله يقول : يضمن الحمامى إجماعًا ، وكان يقول : الأجير المشترك إنما لا يضمن عند أبى

---

(١) هكذا فى ظ وف ، وكان فى الأصل وم "ابن سلمة" .

(٢) وكان فى ظ "الحمام" هذا خطأ فاحش .

حنيفة رحمه الله إذا لم يشترط عليه الضمان، أما إذا شرط عليه الضمان يضمن.

وكان الفقيه أبو جعفر رحمه الله يسوّى بين شرط الضمان وعدم الشرط، وكان يقول بعدم الضمان؛ لأن شرط الضمان فى الأمانة شرط مخالف لقضية الشرع، فيكون باطلا، قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: وبه نأخذ، ونحن نفتى أيضًا بما قال الفقيه أبو الليث رحمه الله -والله أعلم بالصواب-.

نوع آخر

فى البقار والراعى والحارس:

١٤٠٥٧-قال محمد رحمه الله فى "الأصل": وإذا استأجر الرجل راعيًا يرعى غنمًا معلومًا له مدة معلومة بأجر معلوم، فهذا جائز، ويكون الراعى أجيرًا مشتركًا؛ لأنه أوقع العقد على العمل؛ لما ذكر العمل أولا، إلا إذا قال: على أن لا ترعى غنم غيرى مع غنمى، فحينئذٍ يصير أجير وحد، وقد مرّ هذا فى أول هذا الفصل.

ولو كان استأجره مدة معلومة على أن يرعى غنمًا معلومًا له بأجر معلوم، فهو جائز، ويكون أجير وحد؛ لأنه أوقع العقد فى حقه على المدة؛ لما ذكر المدة أولا، إذا قال: وترعى غنم غيرى مع غنمى، فحينئذٍ يكون أجير مشترك.

ثم الراعى إذا كان أجير وحد، وماتت اللأغنام واحدة حتى لم يضمن، لا ينقص من الأجر بحسابه، وذلك لأن الغنم لو مات كلها لا يسقط من الأجر شىء إذا سلّم نفسه فى المدة للرعى، وكان للآجر أن يكلف رعى أغنام أخر؛ لأنه أجير وحد، وأجير الوحد يستحق الأجر بتسليم نفسه فى المدة، لا بحقيقة العمل، فإذا ماتت شاة منها أولى أن لا يسقط من الأجر.

١٤٠٥٨-ولو ضرب شاة منها، ففقأ عينها، أو كسر يدها، ضمن؛ لأن أجير الواحد يضمن بالخلاف، وقد خالف لأنه ضرب، والضرب غير داخل تحت الإجارة، إنما دخل تحتها الرعى، والرعى يتحقق بدون الضرب، وإذا لم يدخل اضرب تحت الإجارة، صار الحال فى حق الضرب بعد الإجارة كالحال قبلها، وقبل الإجارة لو ضرب

شاة هذا، وتلف من ضربه شيء ضمن، فكذلك هذا.

١٤٠٥٩ -ولو هلك منها شيء في السقي أو الرعي لم يضمن؛ لأنه أجير وحد، وأجير الوحد لايضمن ما لم يخالف، ولم يخالف؛ لأنه فعل ما أذن له في ذلك؛ لأن السقي داخل تحت العقد؛ لأن الرعي لا يتحقق بدونه، وإذا دخل تحت العقد لم يضمن ما هللك منها، كأجير الوحد إذا رقّ فتخرق وهو مصدق فيما هلك منها؛ لأنه أمين، والقول قول الأمين مع اليمين.

هذا إذا كان الراعي أجير وحد، فأما إذا كان أجير مشترك، فإنه لا يضمن ما مات من الأغنام عندهم جميعًا؛ لأن الهلاك حصل من أمر لا يمكن التحرز عنه؛ لأن الموت حتف أنفه مما لا يمكن التحرّز عنه، فإنه ليس في [ما](١) يد الراعي ذلك، وهذا إذا ثبت الموت بتصادقهما أو بالنية.

١٤٠٦٠ -فأما إذا ادّعى الراعي الموت، وجحد رب الأغنام، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله القول قول الراعي؛ لأنه أمين، فيكون القول قوله: إن مات كالمودع، وأما عندهما القول قول رب الأغنام، وكان يجب أن يكون القول قول الراعي؛ لأنه أمين؛ لأن المال أمانة في يده عندهما، وإنما يضمن(٢) إذا هلك بأمر يمكن التحرّز عنه؛ لأن يعدّ ذلك تضييعًا منه، فيضمن بالتضييع، ولهذا قالا: إذا خلط خلطًا لا يمكن التمييز، فإنه يضمن قيمت يوم الخلط، ولو كان قبضه قبض ضمان عندهما، لكان يضمن قيمته يوم القبض كالغاصب، فدل أن المال أمانة في يد أجير المشترك عندهما، وإنما يضمن بالتضييع إذا حصل الهلاك بأمر يمكن التحرز عنه، ولهذا علّل محمد رحمه الله في الكتاب، فقال: لأن ضيع حيث لم يحفظها من السبع والسرقة.

١٤٠٦١ -وإذا كان المال أمانة في يده، لا يضمن بالهلاك، وإنما يضمن بالتضييع، وكان يجب أن يكون القول قوله ما لم يقرّ بالتضييع، ولم يوجد منه الإقرار بالتضييع، إلا أنه جعل القول قول رب الغنم، وذلك لأنه وجب على أجير المشترك زيادة حفظ لم يجب على المودع، وعلى أجير الوحد مخافة أن لا يُضيّعوا أموال الناس، فإن يجتمع في أيديهم

---

(١) هكذا في الأصل وف، م.

(٢) وكان في الأصل وف: "لا يضمن".

أموال الناس على ما أشار في حديث علي رضي الله عنه، وإنما يأتي بزيادة حفظ لم يجب على المودع، وعلى أجير الوحد إذا لم يجعل القول قوله عند الهلاك، وإن لم يوجد منه الإقرار بسبب الضمان؛ لأنه متى علم أن القول قوله عند الهلاك، كما في المودَع، لا يجد في الحفظ، فلهذه الضرورة لم يجعل القول قوله عند الهلاك، وإن كان المال أمانة عنده، ليحصل ما و المقصود من زيادة حفظ وجب عليه لم يجب على المودع وعلى أجير الوحد.

١٤٠٦٢-ولو ساقها إلى المرعى، فعطبت منها شاة، لا من سياقه، بأن صعدت الجبل، أو مكانًا مرتفعًا، فتردى منه، فعطبت، فلا ضمان عليه في قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن الهلاك ما كان من قبله، وعلى قولهما: ضمن؛ لأن الهلاك حصل من أمر يمكن التحرز عنه، بأن لا يأتي هذا المكان، أو أن أتى هذا المكان يحفظها عن الصعود على الجبل، وعلى المكان المرتفع، وكذا لو أوردها نهرًا ليسقيها، وغرق شاة منها، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله لا ضمان، وعلى قولهما: ضمن، وكذلك لو أكل منها سبع أو سرق منها، فالمسألة على الخلاف.

ولو ساقها في الماء ليسقي، فغرقت، أو ليسلك ضمن بلا خلاف بين علمائنا الثلاثة رحمهم الله، ولو ساقها، وعطبت شاة منها من سياقه، بأن استعجل عليها، فعثرت وانكسر رجلها، أو اندقّ عنقها منها، فعليه الضمان عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله.

١٤٠٦٣-وإذا ساق الراعي الغنم، فتناطحت بعضها بعضًا من سياقه، أو وطئ بعضها بعضًا من سياقه، فإن كان الراعي مشتركًا، فهو ضامن على كل حال؛ لأن هذا من جناية يده، وإن كان خاصًّا إن كانت الأغنام لواحد، فلا ضمان عليه، وإن كانت الأغنام لاثنين أو ثلاثة، فهو ضامن.

وصورة الأجير الخاص في حق الاثنين والثلاثة أن يستأجر رجلان أو ثلاثة راعيًا شهرًا ليرعى غنمًا لهم أو لهما، فقد فرّق في حق الأجير الخاص بينما إذا كانت الأغنام لواحد، وبينما إذا كانت الأغنام لاثنين أو ثلاثة.

والفرق بينما وهو أن الأغنام كلها لما كانت لواحد، ففعل الأجير في السوق منقول

إلى صاحب الأغنام باعتبار القاتل والمقتول، فإنه عامل له فيهما، فصار فعل فى السوق منقولا إلى صاحب الأغنام، فكان صاحب الأغنام ساق بنفس، ولو ساق بنفسه، فقتل بعضها بعضًا لايجب الضمان إذا كانت الأغنام كلها للسابق، فكذلك هذا.

فأما إذا كانت للرجلين، فإن كان بعضًا لزيد، وبعضها لعمرو، ففعل الأجير إن صار منقولا إلى زيد باعتبار القاتل، فإنه عامل لزيد فى حق القاتل، فإن القاتل ملك زيد، فباعتبار المقتول لا ينتقل فعله فى السوق إى زيد؛ لأن فى سوق المفتول أجير عمرو، وإذا انتقل فعله إلى صاحب القاتل باعتبار القاتل، ولم ينتقل باعتبار المقتول لم يثبت الانتقال، فبقى مقصورًا عليه، وللراعى أن يبعث بالأغنام على يدى غلامه أو أجيره أو ولده الكبير الذى فى عياله؛ لأن الرد من الحفظ، وله الحفظ بيد من فى عياله، فكذا له الرد بيد من فى عياله.

فإن هلك فى يد حالة الرد، فإن كان الراعى مشتركًا، فلا ضمان عليه فى قول أبى حنيفة رحمه الله على كل حال، وعندهما إن هلك بأمر يمكن التحرز عنه، فهو ضامن، كما لو ردّ بنفسه، وهلك فى يد حالة الرد، وإن كان الراعى أجير خاص، فلا ضمان عليه على كل حال، كما لو رد بنفسه، وهلك فى يده حالة الرد، ويشترط أن يكون الرادّ كبيرًا يقدر على الحفظ؛ لأنه متى كان صغيرًا لا يقدر على الحفظ يكون هذا تضييعًا منه، والأجير يضمن بالتضييع عندهم جميعًا، وشرط أن يكون فى عياله؛ لأنه متى لم يكن فى عياله كان الرد بيده، وبيد أجنبى سواء، وليس له الرد بيد الأجنبى، فكذا بيد من ليس فى عياله.

وذكر الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسى رحمه الله: إن للمشترك أن يرد[1] بيد من ليس فى عياله، وليس للخاص ذلك، والحاكم مهروبه سوّى بينهما، وقال ليس لهما ذلك الراعى المشترك إذا خلط الأغنام بعضها ببعض، فإن كان يمكنه التمييز، بأن كان يعرف غنم كل واحد، فلا ضمان عليه؛ لأن مثل هذا الخلط ليس باستهلاك، ويكون بمنزلة خلط السود بالبيض، والقول قول الراعى فى تعيين الغنم لكل واحد؛ لأن اليد له، فيكون القول قوله: إن هذا لهذا، وهذا لهذا، وإن كان لايمكنه التمييز، بأن كان يقول:

---

(١) وفى م "أن يرده".

لا أعرف غنم كل واحد، فهو ضامن قيمة الأغنام؛ لأن مثل هذا الحفظ استهلاك بمنزلة خلط السود بالسود، والقول قول الراعي في مقدار القيمة؛ لأن صاحب الغنم يدعى عليه زيادة، وهو ينكر ويعتبر قيمة الأغنام يوم الخلط، وهذا على قول أبي حنيفة رحمه الله لا يشكل، وعلى قولهما رحمهما الله: اختلف المشايخ رحمهم الله بعضهم، قالوا: تعتبر القيمة يوم القبض، وقال بعضهم: يوم الخلط، وهو الصحيح؛ لأن الأجير المشترك عندهما لا يضمن بالقبض، وإنما يضمن بترك الحفظ والتضييع، وقيل: يجب أن يخيّر أرباب الغنم إن شاؤوا ضمنوه، وإن شاؤوا أخذوه مشتركة، كما في خلط الحنطة بالحنطة.

وإذا ادعى بعضهم طائفة من الغنم، فإن الراعي يحلف ما هذا غنم هذا؛ لأن يدعى عليه معنى لو أقر به يلزمه، فإذا أنكر يستحلف، فإن حلف برئ، وإن نكل ضمن القيمة لصاحبه، إذا خاف الراعي على شاة منها فذبحها، فهو ضامن قيمتها يوم ذبحها؛ لأن الذبح ليس من عمل الرعي في شيء، فلا يكون داخلا تحت العقد.

قال مشايخ بلخ رحمهم الله: هذا إذا كان يرجى حياتها، بأن كان مشكل الحال يرجى حياتها وموتها، أما إذا تيقّن بموتها، فلا ضمان عليه؛ لأن الأمر بالرعي أمر بالحفظ، والحفظ الممكن حالة التيقن بالموت بالذبح، فيصير مأمورًا بالذبح في هذه الحالة.

١٤٠٦٤-وذكر الصدر الشهيد رحمه الله في الباب الأول من شركة "الواقعات": أن من ذبح شاة إنسان لا يرجى حياتها يضمن، الصحيح أن الراعي والأجنبي لا يضمنان بذبح شاة لايرجى حياتها، والبقار والراعي لا يضمن في مثل هذا، وفرق بين الأجنبي وبين الراعي والبقار، والفقيه أبو الليث رحمه الله سوّى بينهما، فقال: لا يضمن الأجنبي، كما لا يضمن الراعي والبقار؛ لوجود الإذن بالذبح دلالة في حق الكل في هذه الحالة، وهو الصحيح، وكذلك الجواب في البعير؛ لأن الذبح في هذه المواضع لإصلاح اللحم، فأما في الحمار، فلا يذبح، وكذا في البغل؛ لأن الذبح لا يصلح اللحم فيها، وفي الفرس أيضًا لا يذبح عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن الصحيح من مذهبه أن لحم الفرس مكروه كراهة التحريم.

١٤٠٦٥-وإذا باع المالك بعض الأغنام، فإن كان الراعى خاصًا لم يبطل شىء من الأجر، وإن كان مشتركًا يبطل من الأجر بحصة ما باع، والكلام فيه نظير الكلام فيما إذا مات بعض الأغنام، وهذا لأن الخاص يستحق الأجر بتسليم النفس، وقد سلّم نفسه للرعى بأقصى ما فى وسعه، فأما المشترك يستحق الأجر بالعمل، ولم يوجد عمل الراعى فيما باع، وإذا أراد رب الغنم أن يزيد فى الغنم ما يطيق الراعى، كان له ذلك إذا كان الراعى خاصًا؛ لأن رب الغنم ملك جميع منافعه فى حق الرعى فى مدة الإجارة، فصار الأجير فى حق الرعى بمنزلة العبد له، وله أن يكلف عبده من الرعى ما يطيق، فكذا هنا، ولا يكلفه فوق طاقته؛ لأن الأجير الخاص لا يكون أشقى حالا من عبده، وليس له أن يكلف عبده من الرعى ما لايطيقه، فهنا أولى.

وسواء سمّى له الغنم أو لم يسم، فالعقد جائز إذا بين المدة؛ لأنه إذا بيّن المدة، وصار أجير وحد، تنصرف الإجارة إلى أقصى ما فى وسع الأجير من الرعى فى هذه المدة، وصار كأنه نصّ عليه، ولو نصّ عليه جاز العقد، وإن لم يسم الغنم، كذا ههنا.

هذا إذا استأجر شهرًا ليرعى غنمه، ولم يشر إلى الغنم، فأما إذا أشار إلى الغنم، بأن قال: استأجرتك لترعى هذه الأغنام، ثم أراد المستأجر أن يريد فى الغنم، فالقياس أن ليس له ذلك، كما فى الراعى المشترك، وفى الاستحسان له ذلك؛ لأنه لو لم يشر إلى هذه الأغنام، كان المستحق عليه بحكم هذه الإجارة من الراعى ما فى وسع وطاقته، فلو تغيّر موجب هذا العقد إنما يتغير بهذه الإجارة، ولا وجه إلى ذلك؛ لأن قوله هذه الأغنام ذكر بعضها ما شمله أول الكلام على موافقة حكمه، لا مطلق العقد يقتضى رعى هذه وغير هذه، فيقول هذه الأغنام، ذكر رعى هذه لا غير، وذكر بعضها ما شمله أول الكلام على موافقة حكمه، لايوجب تغيير أول الكلام، وإذا لم يوجب تغيير أول الكلام صار وجوده والعدم بمنزلة، ولو انعدم قوله هذه الأغنام كان له أن يكلفهم من الرعى ما يطيق، كذا ههنا، بخلاف الأجير المشترك؛ لأن الإشارة فى الأجير المشترك ليس بذكره لبعض ما شمله مطلق العقد، بل هو ذكر لجميع ما تناول العقد؛ لأن العقد فى الأجير المشترك لا يجوز، إلا بالإشارة إلى الأغنام، أو بذكر العدد.

وإذا كانت الإشارة بيانًا ما تناوله العقد تعلق العقد بالمشار إليه، فلم يكن له أن

يكلفه مقدار الزيادة، وأما هنا فالعقد يجوز، وإن لم يشر إلى الأغنام، ولم يسمّ عددها، ويستحق على من الرعى مقدار ما يطيق، فكانت الإشارة ذكرًا لبعض ما شمله أول الكلام، والتقريب ما ذكرنا.

١٤٠٦٦-وإذا ولدت الأغنام أولادًا، فإن كان الراعى أجير خاص، فعليه رعى الأولاد، وإن كان الراعى أجير مشترك، فليس عليه رعى الأولاد، وإن شرط على الأجير المشترك رعى ما يحدث من الأولاد، فهو شرط فاسد لو قارن العقد يفسد به العقد قياسًا، وفى الاستحسان: يجوز، وجه القياس فى ذلك وهو: أن بعض المعقود عليه مجهول، وهو رعى الأولاد؛ لأنه لا يدرى كم تلد الأغنام، وكذلك الأجر مجهول؛ لأن الأجر بإزاء الأغنام والأول، وإذا كان الأولاد مجهولا، كانت حصة الأولاد من الأجر مجهولا، فتكون حصة الأمهات مجهولة أيضًا، ومع الجهالة يمكن الخطر فى هذا العقد؛ لأنه لا يدرى أن الأغنام تلد أولا تلد.

وجه الاستحسان فى ذلك: أن الجهالة إنما توجب فساد العقد لكونها مانعة من التسليم والتسلم، وهذا المعنى لا يتأتى ههنا؛ لأن تسليم الأولاد، وتسلمها مما لايحتاج إليه فى الحال، حتى يقال: فى الحال مجهولة، وإنما يحتاج إليها بعد الحدوث، وبعد الحدوث هى معلومة، والأجر فى الحال معلوم؛ لأن الأجر كل بإزاء الأمهات فى الحال؛ لأن رعى الأولاد شرط على سبيل الزيادة، وما يكون زيادة على المعقود عليه، لا يكون لها حصة من البدل ما لم يوجد، بل يكون كله بمقابلة الأصل، وحال وجود الأولاد الذى هو حال انقسام البدل الأولاد معلومة، فكان الأجر معلومًا، والخطر المتمكن فى وجود الأولاد لا يوجب فساد العقد فى الأمهات؛ لأن الأولاد جعلت معقودًا عليها على سبيل الزيادة، والخطر فى الزيادة لا يوجب خطرا فى الأصل، والخطر فى محل لا يمنع انعقاد العقد فى محل آخر، فالخطر فى الأولاد لا يمنع العقد على الأمهات للحال، وليس للراعى أن ينزى على شىء منها بغير أمر صاحبها، وإن فعل ذلك ضمن ما عطب منها؛ لأن الإنزاء لم يدخل تحت العقد؛ لأن الإجارة عقدت على الرعى، والإنزاء ليس من الرعى، فصار الحال فيه بعد العقد كالحال قبله، ولو أن الراعى لم يفعل ذلك، ولكن الفحل الذى فى الغنم نزا على واحدة منها، فعطبت فلا ضمان على الراعى فى ذلك بالإجماع إن كان الراعى أجير خاص، وإن كان الراعى أجير مشترك، فكذا الجواب

عنده، وعندهما: هو ضامن؛ لأن الهلاك حصل بأمر يمكن التحرز عنه، وإن ندّت واحدة منها، وترك اتباعها حتى لا يضيع الباقى، فهو فى سعة من ذلك، ولا ضمان عليه فيما ندت بالإجماع إن كان الراعى خاصّا، وعند أبى حنيفة: إن كان الراعى أجير مشترك فكذلك.

وإن ترك حفظ ما ندّت، والأمير يضمن بترك الحفظ؛ لأن الأمين إنما يضمن بترك الحفظ إذا ترك بغير عذر، فأما إذا ترك بعذر فإنه لا يضمن، كما لو دفع الوديعة إلى أجنبى حالة الحريق، فإنه لا يضمن، وإن ترك حفظها؛ لأنه تركها بعذر، فكذلك ههنا إنما ترك حفظها كى لا يضيع الباقى، وعندهما يضمن؛ لأنه ترك الحفظ بعذر يمكن الاحتراز عنه، ورأيت فى بعض النسخ: لا ضمان عليه فيما ندّت إذا لم يجد من يبعثه بردها، أو يبعثه ليخبر صاحبها بذلك.

وإن تكارى من يجىء بالواحدة متطوع؛ لأن لم يؤمر باستئجار هذا، وإن تفرقت الغنم فى البقر عليه فرقًا، ولم يقدر على اتباعها كلها، وأقبل على فرقة منها، وترك ما سوى ذلك، فهو فى سعة من ذلك، ولا ضمان عليه؛ لأنه ترك حفظ البعض بعذر، وعلى قولهما يضمن؛ لأنه ترك بعذر يمكن الاحتراز عنه فى الجملة.

١٤٠٦٧-وإذا كان الراعى أجير مشترك، فرعاها فى بلد، فعطبت واحدة منها، أى هلكت بآفة، نحو الغرق فى الماء، وافتراس السبع، والسقوط من الحر، وما أشبه ذلك، فقال رب الغنم: إنما شرطت عليك أن ترعى فى موضع كذا وكذا عيّن موضعًا آخر غير هذا الموضع، وقال الراعى: بل شرطت على الرعى فى الموضع الذى رعيت، فالقول قول رب الغنم بالإجماع حتى يضمن الراعى بالإجماع؛ لأن الإذن يستفاد من جهته، والبينة بينة الراعى حتى لا يضمن فى قول أبى حنيفة رحمه الله؛ لأنه هو المدعى لأنه يثبت ما ليس بثابت.

وكذلك إذا كان الراعى أجير خاص، واختلفا على نحو ما بينّا، فالقول قول رب الأغنام لما ذكرنا، وإذا خالف الراعى، ورعاها فى غير المكان الذى أمر، فعطبت فهو ضامن، ولا أجر له، وإن سلمت الغنم، القياس أن لا أجر له، وفى الاستحسان: يجب الأجر؛ لأن الراعى موافق فى أصل الرعى مخالف فى صفته، فإن الرعى فى بعض

الأماكن ربما يكون أجود من البعض، فعملنا بجانب الخلاف إن عطبت الأغنام، فأوجبنا الضمان، ولم نوجب الأجر، وعملنا بجانب الوفاق إن سلمت الأغنام، فأوجبنا الأجر.

١٤٠٦٨-راعى الرماك إذا توهق الرمكة، فوقع الوهق فى عنقها، فجذبها، فعطبت فهو ضامن؛ لأن التوهيق لم يدخل تحت الإذن؛ أنه ليس من عمل الرعى، فكان التلف حاصلا من عمل غير مأذون فيه، وإن فعل ذلك بإذن صاحب الرمكة، فلا ضمان، كذا ذكر فى "الأصل".

قال بعض مشايخنا رحمهم الله: هذا إذا كان الراعى أجير وحد، فأما إذا كان أجير مشترك، فهو ضامن؛ لأن هذا من جناية يده، فيكون بمنزلة ما لو دقّ فتخرق، وعامتهم على أنه لا ضمان على كل حال؛ لأن هذا ليس من عمل الرعى، فكان الراعى معِينا فيه، ولا ضمان على المعين على كل حال.

١٤٠٦٩-وإذا شرطوا على الراعى ضمان ما عطب بفعله، فهو جائز، فلا يفسد به العقد؛ لأن هذا شرط يقتضيه العقد من غير شرط، ون شرطوا عليه ضمان ما مات منها إن كان الشرط فى العقد يفسد العقد؛ لأن هذا شرط لا يقتضيه العقد، ولأحد المتعاقدين فيه المنفعة، وإن شرطوا ذلك بعد العقد لم يصح الشرط، ولا يفسد العقد، هكذا ذكر شيخ الإسلام فى شرح إجاراته، وعلى قياس ما ذكر القدورى فى بيوعه: أن إذا الحق بالعقد الصحيح شىء من الشروط المفسدة التحقت بأصل العقد، وفسد العقد، فى قول أبى حنيفة رحمه الله: يجب أن يقال على قول أبى حنيفة فى فصل الإجارة: إنه إذا ألحق هذا الشرط بالعقد أن يفسد العقد.

١٤٠٧٠-وإذا شرط على الراعى أن ما مات منها يأتى بسمتها[1]، وإلا فهو ضامن، فليس عليه إتيان السمة؛ لأن إتيان السمة عمل شرط فى هذه الشاة بعد انفساخ العقد فيها؛ لأن الإجارة فيما ماتا قد انفسخت بموتها، فلا يلزمه ذلك، كما قبل الإجارة، ولا يصير ضامنًا بهذا الشرط؛ لما مر قبل هذا، وهل يفسد العقد بهذا الشرط، فهو على التفصيل الذى ذكرنا فى المسألة المتقدمة.

---

(١) وكان فى الأصل "بثمنها".

١٤٠٧١ -وإذا قال رب الغنم للراعى : دفعت إليك مائة شاة، وقال الراعى : لا، بل تسعون، فالقول قول الراعى لإنكار القبض فيما زاد على التسعين، وإن أقاما البينة، فالبينة بينة صاحب الغنم؛ لأنها تثبت زيادة فى القبض على الراعى، وليس للراعى أن يسقى من ألبان الغنم، وأن يأكل؛ لأن هذا التصرف[1] لم يدخل تحت العقد؛ لأنها ليست من الرعى فى شىء، وليس للراعى إذا كان خاصًا أن يرعى غنم غيره بأجر، فلو أنه آجر نفسه من غيره لعمل الرعى، ومضى على ذلك شهور، ولم يعلم الأول به، فله الأجر كملا على كل واحد منهما لا يتصدق بشىء من ذلك إلا أنه يأثم، وإن كان هذا أجير وحد، وليس لأجير الوحد أن يؤاجر نفسه من غيره، بخلاف الأجير المشترك؛ لأن أجير الوحد فى الرعى يشبه أجير المشترك من وجه من حيث إنه يمكن إيفاء العمل إلى كل واحد منهما بتمامه فى المدة بأن يرعى غنم الأول فى المدة، ويرعى غنم الثانى، فمن حيث إنه يمكنه إيفاء العمل إلى كل واحد منهما بتمامه كان أجير مشترك، ومن حيث إنه أوقع العقد على المدة لا على العمل كان أجير وحد، ولو كان أجير مشترك من كل وجه، كما فى القصار والخياط، كان له أن يؤاجر نفسه من غيره، ويستحق الأجر على كل واحد منهما كملا، ولا يأثم، ولا يتصدق بشىء من ذلك، ولو كان أجير وحد من كل وجه، بأن وقع العقد على المدة عمل لا يمكن الإيفاء إلى كل واحد مهنما بتمام فى المدة، بأن آجر نفسه يومًا بدرهم للحصاد أو للخدمة، فخدم وحصد فى بعض اليوم لغيره، فإنه لا يستحق الأجر كملا على الأول، ويأثم، فإذا كان له شبهًا بأجير المشترك، وفرنا على الشبهين حظهما، فقلنا : لشبهه بأجير المشترك يستحق الأجر كملا على كل واحد منهما، ولا يتصدق، ومن حيث إنه أجير وحد يأثم، توفيرًا على الشبهين حظهما بقدر الإمكان.

وإنما أظهرنا شبه أجير الوحد فى حق الإثم، لا فى حق نقصان الأجر ليمكننا العمل بالشبهين؛ لأنا لو أظهرنا شبه أجير الوحد فى حق نقصان الأجر، كان يأثم أيضًا؛ لأن الأجر إنما يسقط لمنعه بعض المعقود على من الأول، وهذا يوجب الإثم، فيتعطل العمل بالشبهين، فلهذا أظهرنا شبه أجير الووحد فى حق الإثم، وفيما عدا ذلك من الأحكام ألحقنا بأجير المشترك، ونظير هذا ما قلنا فى باب الظئر : إذا استأجر ظئرًا شهرًا، لترضع ولده كانت أجيرة وحد حتى لا يكون لها أن تؤاجر نفسها، فإن أجرت نفسها من

(١) وكان فى الأصل "لأن هذا النقصان".

قوم آخرين، ولم يعلم الأولون حتى مضت المدة، وقد أرضعت ولد كل واحد منهما، فإنها تستحق الأجر كملا على كل واحد منهما، ولا يتصدق بشيء من ذلك وتأثم، وإن كانت أجيرة وحد؛ لأنها أوقعت العقد على المدة لا على العمل إلا أن لها شبهًا بأجير المشترك في الرضاع من حيث إنه يمكنها إيفاء الرضاع إلى كل واحد منهما بتمامه، فوفّرنا على الشبهين حظهما فقلنا: تأثم؛ لأنها أجيرة وحد لشبها بأجير المشترك، وقلنا: يستحق الأجر كملا، ولا يتصدق بشيء، فكذلك هذا.

قال: ولو كان تبطل يومًا أو يومين في الشهر، أو مرض سقط الأجر بقدره؛ لأنه لم يسلم نفسه للرعي في مدة التبطل والمرض، وأجير الوحد إنما يستحق الأجر بتسليم النفس في المدة، فإذا لم يسلم نفسه للرعي في بعض المدة، لم يستحق من الأجر بقدره، ولو دفع إليه غنمه ليرعى على أن أجرها ألبانها وأصوافها، فإن هذا فاسد؛ لأنه استأجره بمجهول وبمعدوم؛ لأن الأصواف والألبان الموجودة للحال مجهول المقدار، وما يزداد ويحدث بعد ذلك ساعة فساعة معدوم، واحدهما مانع جواز الإجازة، فمجموعهما أولى أن يمنع.

١٤٠٧٢-قال: ولو دفع رجل غنمه إلى راعي، واشترط على الراعي جبنًا معلومًا وسمنًا معلومًا، وما بقي من ألبانها وسمونها وأصوافها، فهو للراعي، فهذا فاسد؛ لأن فيه ما في الأول، فإنه استأجره مجهول ومعدوم، فإن ما يبقى بعد المشروط مجهول ومعدوم، وفي زيادة غرر ليس في الأول، وهو أن يجوز أن لا يبقى للراعي شيء بعد المشروط لرب الغنم، فكان في هذا الفصل زيادة منع ليس في الأول، فإذا لم تجز الإجارة في الفصل الأول، فههنا أولى، وما أصاب اراعي من ألبانها وسمونها، فهو ضامن؛ لأن استهلكها بحكم عقد فاسد، وله على صاحب الغنم أجر المثل؛ لأنه استوفى عمله بحكم إجارة فاسدة، وإن دفع الراعي غنم رجل إلى غيره، فاستهلكها المدفوع إليه، وأقر بذلك الراعي، فإن لصاحب الغنم أن يضمن الراعي، وليس له أن يضمن القابض إذا لم يقر أن المقبوض ملك المدعي، ولم تقم للمدعي بينة.

أما الراعي فيضمن؛ لأنه لا يخلو إما أن يعتبر أمينًا أو ضمينًا، وأي ذلك ما

اعتبرنا[1] لابد من إيجاب الضمان عليه متى دفع المال إلى من ليس فى عياله، ولا يضمن القابض للمدعى؛ لأنه لم يثبت كون ما قبض القابض ملكًا للمدعى لا بإقرار القابض، ولا بالبينة لو ثبت إنما يثبت بإقرار الراعى، وإقراره أن ما دفع كان لغيره مقبول فى حقه، ولا يقبل فى حق المدفوع إليه إذا أنكر، فلم يكن له تضمين القابض، فإن أقام المدعى البينة أن ما قبض كان له، أو أقر القابض بذلك إن كان ما قبض قائمًا بعينه فى يد القابض، كان للمدعى أن يأخذه؛ لأن وُجد عين ماله، وإن كان مستهلكًا كان المالك بالخيار إن شاء ضمن القابض، وإن شاء ضمن الراعى.

أما تضمين الراعى فلا إشكال؛ لأنه دفع ماله إلى غيره، وأما القابض فتضمينه مشكل على قول أبى حنيفة رحمه الله؛ لأن الراعى دفع إليه على سبيل الإيداع، ومن مذهبه المودع لايضمن، إنما كان كذلك؛ لأنه وضع المسألة أنه استهلكها المدفوع إليه، ومودع المودع يضمن إذا استهلك عندهم جميعًا، إنما الخلاف فيما إذا هلك فى يده.

١٤٠٧٣-وإذا رعى الراعى فى مكان لم يؤذن بالرعى فيه، هل يستحق الأجر؟ فهذا على وجهين: إما إن عطبت الغنم أو سلمت، فإن عطبت، فإنه لا أجر عليه؛ لأنها لما عطبت الغنم صار ضامنًا، فصار الغنم ملكًا له من وقت الخلاف، فصار راعيًا ملك نفسه، فلا يستحق الأجر، وإن سلمت، فالقياس أن لا يستحق الأجر، وفى الاستحسان: يستحق الأجر، وجه القياس فى ذلك أنه خالف، فلا يستحق الأجر، وإن لم يضمن قياسًا على ما لو استأجر دابة ليذهب فى مكان كذا، فذهب بها فى مكان آخر، وسلمت الدابة، فإنه لا أجر عليه، وإن لم يضمن، فكذلك[2] هذا.

و وجه الاستحسان: أن الراعى فيما صنع موافق من وجه مخالف من وجه؛ لأنه موافق فى أصل المعقود عليه مخالف فى الصفة؛ لأن التفاوت بين المكانين فى حق الراعى تفاوت يسير، فلا يلحقهما بجنسين مختلفين، وهذا قيل: بأن الإجارة صحيحة، وإن لم يبين المكان، وإذا لم يلحقهما بجنسين مختلفين بسبب التفاوت، بقى الجنس واحدًا، إنما اختلفا فى الصفة لا غير، فإن الرعى فى بعض الأمكنة ربما يكون أجود، فكان موافقًا فى

---

(١) هكذا فى الأصل وم وكان فى ف وظ "اعتبر".

(٢) وكان فى الأصل "فكذلك كل هذا".

حق الأصل، مخالفًا فى حق الصفة، والعمل بهما فى حالة واحدة متعذر؛ لأن أحدهما يوجب الأجر، والآخر يمنع ولم يوجب، فعملنا فى حالين إن لم يسلم عملنا بجانب الخلاف، وأوجبنا الضمان، ولم نوجب الأجر، وإن سلم عملنا بجانب الموافقة، وأوجبنا الأجر، أما فى باب الدابة فالمستأجر مخالف من كل وجه؛ لأن الطريق فى حق الركوب متفاوتة تفاوتًا فاحشًا رب طريق يفسد الدابة يومًا بالسير فيه لصعوبته، ورب طريق لا يفسدها بالسير فيه شهرًا لسهولية، فالتحق بجنسين مختلفين باعتبار التفاوت، وإن جمعهما اسم واحد، وهو الركوب، واختلاف المجانسة بين الشيئين، متى ثبت سبب التفاوت دون الاسم، كاختلاف المجانسة الثابتة من حيث الحقيقة، ولو استوفى جنسًا آخر حقيقة، بأن استأجر دابة للركوب، فاستخدم عبده، أو لبس ثوبه، لا أجر عليه سلم أو لم يسلم، فكذلك هذا.

فإن قيل: هذا يشكل بما لو دفع ماله إلى رجل مضاربة على أن يعمل به فى الكوفة، فأخرجه من الكوفة، فباع واشترى حتى ربح، فإن المضاربة فاسدة ويضمن، وهذا موافق من وجه مخالف من وجه؛ لأن التفاوت بين الأماكن فى حق التجارة تفاوت يسير، ولهذا صحت المضاربة من غير بيان المكان، ومع هذا قال: بأنه إذا انصرف فى غير ذلك المكان وربح، فإنه يضمن، كما لو خسر.

قلنا: فى المضاربة استهلك المضارب المال الذى وقعت فيه المضارية بالبيع والشراء، فعاد إلى الكوفة، وفى يده مال آخر سوى ما وقعت عليه المضارية، ولو أنه لم يستهلك المال، وعاد بالمال بعينه لم يكن عليه ضمان، وكان على المضاربة قياس[1] مسألة المضاربة من مسألتنا أن لو عطبت الأغنام، وقياس مسألتنا من المضاربة أن لو لم يبع حتى عاد بالمال بعينه إلى الكوفة، وفى "فتاوى أهل سمرقند": بقار لأهل قرية، ومرعاهم بين أشجار ملتفة لا يقدر البقار على النظر إلى جميع الدواب، فذهبت دابة من دواب سرحه لا ضمان عليه؛ لأنه إنما يرعى دوابهم فى هذا المرعى بأمرهم، وهم إنما يستحفظون البقار مما فى وسعه، فإذا إذا لم يكن فى وسع النظر إلى جميع الدواب فى ذلك المرعى لم يلزمه، فلا يكون تاركًا حفظًا لزمه، فلا يضمن.

---

(١) وكان فى الأصل و "ف": فقياس.

١٤٠٧٤ -وفيه أيضًا: أهل موضع جرى العرف بينهم أن البقار إذا دخل السرح فى السكك أرسل كل بقرة فى سكة صاحبها، ولم يسلمها إلى صاحبها، ففعل الراعى كذلك، فضاعت بقرة أو شاة قبل أن تصل إلى صاحبها.

قال أبو نصر الدبّوسى رحمه الله لا ضمان عليه لما مرّ غير مرة، أن المعروف كالمشروط، وقال بعضهم: إذا لم يعد ذلك خلافًا لا ضمان عليه، وذكر فى "النوازل": أن من أرسل بقرة إلى بقار ليرعاها، فجاء ليلة وزعم أنه رد بقرته، وأدخلها القرية، وطلبها صاحبها فى القرية، فلم يجدها، ثم وجدها بعد أيام قد نفقت فى نهر فى الجبانة، قال: إن كان أهل القرية رضوا من البقار، بأن يأتى بالبقور إلى القرية، ولم يكلفوه أن يدخل كل بقرة فى منزل صاحبها، فالقول للبقار: إنى قد جئت بالبقرة إلى القرية مع يمينه، ولا ضمان عليه إذا حلف، وإن أبى أن يحلف ضمن قيمتها.

وفى "المنتقى": اشترط البقار على أصحابها أنى إذا أدخلت البقر منها سمى، فأنا برىء منها، فالشرط جائز، وهو برىء، فإن مات بقر رجل منهم، فجاء بمثلها إلى موضع القرية إلى موضع البقر الذى اجتمع فيه البقر، ثم يخرجها، قال: فهو على الشرط الأول.

وإن بعث رجل ببقرة إلى ذلك الموضع، ولم يسمع بالشرط الذى كان بينه وبين أهل القرية، لم يبرأ البقار حتى يرد عليه، وإن كان يسمع الشرط، فالشرط جائز عليه استحسانًا.

١٤٠٧٥ -وفى "النوازل": امرأة بعثت ثورًا إلى بقار، ثم جاء الرسول إليه، فقال الثور: لى واحد منه، فهلك الثور، إن قامت لا بينة، فلها أن ترجع على البقار؛ لأنه ظهر أن البقار دفعها إلى الغير بغير إذنها، ثم لا يرجع البقار على الرسول إن كان يعلم أنه لها، ومع ذلك دفع إليه، وإن لم يكن علم بذلك، يرجع؛ لأنه مغرور.

١٤٠٧٦ -بقار ترك الباقورة فى جبانة، وغاب عنها، فوقعت الباقورة فى زرع رجل، فأفسدته، فلا ضمان عليه إلا أن يكون البقار هو الذى أرسلا فى الزرع؛ لأن الزرع إنما تلف بفعل الباقورة، وذلك غير مضاف إلى البقار إذا لم يرسلها فى الزرع، وقد مرّ أجناسه فى كتاب الغصب والضمان.

١٤٠٧٧-أهل قرية يرعون دوابهم بالنوبة، فذهبت منها بقرة فى نوبة أحدهم، قال إبراهيم بن يوسف رحمه الله: هو ضامن فى قول من يضمن الأجير المشترك، وقال أبو الليث رحمه الله: عندى أنه لا يضمن فى قولهم جميعًا؛ لأن كل واحد منهم معين فى رعيه لا أجير؛ لأنه إن جعل أجيرًا كان ذلك مبادلة منفعة بمنفعة من جنسهما، وذلك لا يجوز، فكان معينًا لا أجيرًا، والمعين لا يضمن، ذكر المسألة فى "مجموع النوازل".

قال ثمّة: وإذا كان نوبة أحدهم، فلم يذهب هو، لكن استأجر رجلا ليحفظها، فأخرج الباقورة إلى المفازة، ثم رجع إلى الأكل يعنى الأجير، ثم عاد، فضاع بقرة منها، ينظر إن ضاع بعد ما رجع عن الأكل، فلا ضمان عليه، وإن ضاع قبل ذلك، فهو ضامن، ولا ضمان على صاحب النوبة بحال؛ لأن له أن يحفظها بأجراءه، ولكن هذا إذا لم يشترط عليه الحفظ بنفسه على ما مر قبل هذا.

١٤٠٧٨-رجل استؤجر لحفظ الخان، فسرق من الخان شيء، لا ضمان عليه؛ لأنه يحرس الأبواب، أما الأموال فهو فى يد أربابها، فلا يضمن إلا بالتضييع، ولم يوجد، هذا جواب الفقيه أبى جعفر رحمه الله.

١٤٠٧٩-وذكر عن أحمد بن محمد القاضى رحمه الله: فى حارس يحرس الحوانيت فى السوق، فنقب حانوت، وسرق منه شيء أنه ضامن؛ لأنه فى معنى الأجير المشترك؛ لأن لكل واحد حانوت على حدة، فصار بمنزلة من يرعى غنمًا لكل إنسان شاة، ونحو ذلك.

قال الفقيه أبو بكر رحمه الله: عندى أن الحارس أجير خاص، ألا ترى أنه لو أراد أن يشغل نفسه فى صنف آخر، لم يكن له ذلك، والفتوى على قول الفقيه أبى بكر والفقيه أبى جعفر رحمه الله.

١٤٠٨٠-وإذا استأجر الحارس واحدًا من أهل السوق، فله أن يأخذ الأجرة منهم جميعًا، ويحلّ له ما يأخذ منه إذا كان المستأجر رئيسهم؛ لأن فى هذا جرت المعاملة، وصار كأنهم استأجروه جميعًا، وإن كرهوا ولم يرضوا ذلك، فكراهتهم باطلة؛ لأن فى ذلك مصلحتهم، فإذا استأجر رئيسهم جاز ذلك؛ لأنهم جعلوه كالسيد على أنفسهم، فكان استئجاره بمنزلة استئجارهم، ولا يصير البقار تاركًا للحفظ، وإن نام ما لم يغب

البقور عن بصر، فإذا غاب عن بصره يصير تاركًا للحفظ، قالوا: وتأويله إذا نام جالسًا، أما إذا نام مضطجعًا يصير تاركًا للحفظ، وقد ذكرنا فى كتاب الوديعة، الفرق بين النوم مضطجعًا وبين النوم جالسًا فى غير السفر، وسوّينا بينهما فى السفر، فقلنا: لا ضمان على كل حال، فههنا يكون كذلك، وبه ختم -والله أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب-.

نوع آخر
فى القصّار وتلميذه:

١٤٠٨١-فى "فتاوى أبى الليث رحمه الله": قصّار وضع الثوب على الجبّ فى الحانوت، وأقعد ابن أخته حافظًا، وغاب القصار، فدخل ابن أخته الحانوت الأسفل، فطر الطراز الثوب، فهذا على وجهين: إن كان البيت الأسفل بحال لو دخله إنسان غاب عن عينه الموضع الذى كان فيه الثوب، وأنه على وجهين أيضًا: إن كان ابن أخته ضمه إلى القصار أبوه أو أمه، أو لم يكن له أب ولا أم، وضمه الخال إلى نفسه، فالضمان على الصبى؛ لأنه ضيّعه بترك الحفظ الواجب عليه، ولا ضمان على القصّار؛ لأن له أن يحفظ الثياب بيد ذلك الصبى، ولا يضمن القصّار بترك الثياب عند الصبى.

وإن كان الصبى غير منضم إلى القصار من جهة من ذكرنا، كان القصّار أخذ بيده، وأقعد حافظًا للحانوت، فالضمان على القصّار؛ لأنه مخالف فى استحفاظ من ليس فى عياله، وإن كان الصبى بحيث يراه مع دخوله ذلك الموضع، فإن كان الصبى منضمّا إليه، فلا ضمان على واحد منهما، أما القصّار فلأن له حفظه بيد الصبى، وأما الصبى فلأنه لم يترك الحفظ لما كان الموضع الذى دخل فى بحيث يرى الثوب فيه.

١٤٠٨٢-قصّار سلم ثياب الناس إلى أجير له ليشمّسها فى المقصرة، ويحفظها، فنام الأجير، ثم رجع بالثياب، وقد ضاع منها خمس قطع، لا يدرى كيف ضاعت ومتى ضاعت، قال الفقيه أبوجعفر رحمه الله: إذا لم يعلم أنه ضاع فى حال نومه، فالضمان على القصّار دون الأجير، وإن علم أن ضاع فى حال نومه، فالأجير[1] ضامن بترك

(١) وكان فى "ظ": فالأمين ضامن.

الحفظ الواجب عليه، وإن شاء صاحب الثياب ضمن القصّار فى الوجهين جميعًا.

قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: إنما قال له: أن يضمن القصار؛ لأنه كان يأخذ فى مسألة الأجير المشترك بقول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله، أما فى قول أبى حنيفة رحمه الله: لا ضمان على القصّار؛ لأن الهلاك لم يمكن بعمله، وبه نأخذ.

قصّار بين ثوب قصارة، ثم افتكّه[1]، وقد أصاب الثوب نجاسة عند المرتهن، فلما نظر إليه صاحب الثوب، كلف القصار بتنقيته، فامتنع القصار من ذلك، وتشاجرا، فترك الثوب فى يد القصار، فهلك عنده، إن كانت النجاسة لم تنقص من قيمة الثوب، فلا شىء على القصّار؛ لأن إن خاف بالرهن، فإذا افتكه، وحلى بين وبين المالك، خرج عن ضمان قيمة الثوب والنجاسة إذا لم تنقص من قيمته لايلزم بسبّبها شىء بمنزلة من صبّ على عبد غيره نجاسة، فجعل صاحب العبد عنده ليغسل تلك النجاسة، فهلك لا ضمان عليه، وإن كانت تنقض قيمته، فليس على القصار إلا نقصان الثوب، والثوب هلك أمانة؛ لما ذكرنا أنه بالتخلية خرج عن ضمان الثوب.

وهو نظير من خرق ثوب إنسان خرقًا يسيرًا، فقال له رب الثوب: أصلح هذا الخرق، فأبى فترك الثوب عنده، فهلك لم يكن على المخرق إلا نقصان الخرق، كذا ههنا.

١٤٠٨٣-وإذا دقّ أجير القصّار ثوبًا من ثياب القصّارة، فخرقه أو عصره، فتخرق فلا ضمان عليه؛ لأن الخرق حصل من عمل القصارة فى ثوب القصارة، والأجير مأذون فى ذلك؛ لأن الإذن ثبت بالإجارة، وأنه أجير بالقصارة فيما كان من ثياب القصارة، وأجير القصار لا يضمن ما تخرق من عمله المأذون فيه إلا أن يخالف؛ لأنه أجير وحد فى حق القصارة، ولم يخالف، والأستاذ ضامن؛ لأن عمل الأجير منقول إليه، فيصير كان الأستاذ عمل بنفسه من حيث الحكم، ولو عمل الأستاذ بنفسه حقيقة، كان عليه الضمان، كذا ههنا.

١٤٠٨٤-وإذا وطىء عى ثوبًا فتخرق، إن كان ثوبًا يوطأ مثله، فلا ضمان عليه بذلك؛ لأنه مأذون فيه من جهة الأستاذ دلالة وإن كان ثوبًا لا يوطأ مثله، فوطئ فتخرق،

---

(١) وكان فى الأصل: "قصارة على فتكه وقد أصاب... إلخ".

فإن يضمن سواء كان من ثياب القصارة، أو لم يكن؛ لأن غير مأذون بوطء ما لم يؤطا مثله من جهة الأستاذ، بخلاف ما لو دق، فتخرق أو عصّر، فتخرق؛ لأنه مأذون فى ذلك من جهة الأستاذ، وهذا بخلاف ما لو حمل شيئًا فى بيت القصّار بإذن الأستاذ، فسقط على ثوب فتخرق، وإن كان من ثياب القصارة لايضمن الأجير، وإنما يضمن الأستاذ، وإن لم يكن من القصارة ضمن الأجير، وفى الوطء يضمن فى الحال إذا كان مما لا يوطأ مثله.

ووجه الفرق بينهما: أن الوطء غير مأذون فيه من جهة الأستاذ، لا نصّا ولا دلالة، أما نصّا فلأنه ليس من أعمال القصّارة، وأما دلالة فلأنه إذا كان الثوب رقيقًا لا يوطأ بمثله، فالثابت بدلالة الحال النى عن وطءه لا الإذن بوطءه.

فأما الحمل من أعمال القصارة وأسبابها، فإذا سقط عى ثوب القصارة، فالفساد حصل من عمل القصارة فى ثوب القصارة، والأجير مأمور بأعمال القصارة فى ثياب القصارة، فيصير عمله معقولا إلى الأستاذ، فلا يضمن الأجير، ويضمن الأستاذ، كما لو دق فتخرق وأن يوقع على ما ليس من ثوب القصارة، فالفساد حصل من عمل غير مأذون فيه؛ لأنه إنما أذن بالقصارة فيما كان من ثياب القصارة، لا فيما ليس من ثياب القصارة، وليس بأجير فيما لم يكن ثياب القصارة، وإذا لم يدخل هذا تحت الإذن كان هو والأجنبى فى ذلك سواء.

وكذلك لو دخل بنار أو سراج بأمر القصار، فوقعت شرارة على ثوب فأحرقته إن كان من ثياب القصارة، فلا ضمان على الأجير، وإنما الضمان على الأستاذ، وإن لم يكن من ثياب القصارة ضمن الأجير.

أما ما كان من ثياب القصارة لا يضمن الأجير؛ لأنه أجير فيما كان من ثياب القصارة بالقصارة، وهذا من أسبابه، فما تولد منه يكون ضمان ذلك على الأستاذ لا على الأجير، كما لو دق، فتخرق ويضمن ما ليس من ثياب القصارة؛ لأنه ليس بأجير فيما ليس من ثياب القصارة، فيكون الأجير والأجنبى فى ذلك سواء.

١٤٠٨٥-وكذلك إذا استأجر رجلا ليخدمه، فوقع شيء من يده من متاع البيت، أو سقط على شيء من متاع البيت، فأفسد فإنه لا ضمان عليه؛ لأن أجير فى حق الواقع

والموقع عليه؛ لأنه استؤجر للخدمة، وإنما يستأجر للخدمة ليرفع متاع البيت ويضع، فيكون بمنزلة أجير القصار إذا دق فخرق ثوبًا من ثياب القصارة، بخلاف ما لو سقط على وديعة كانت عند[1] صاحب البيت، فأفسد، كان الضمان على الخادم؛ لأنه ليس بأجير فيما كان عنده من الوديعة، فيكون هو والأجنبى سواء كان بمنزلة أجير القصار إذا سقط من يده شيء، فوقع على ثوب ليس من ثياب القصارة، فأفسده، ولو كان كذلك يضمن، فكذلك هذا.

وهذا بخلاف المودع إذا سقط من يده شيء فوقع على الوديعة فأفسدها يضمن، وههنا قال: لا يضمن، وذلك لأن المودع مأمور بالحفظ والإمساك فى الوديعة غير مأمور بالتصرف فيها، فإذا سقط من يده عليها شيء كان ضامنًا؛ لأنه لم يتولد هذا من الحفظ، فأما الأجير للخدمة مأمور بالعمل فى متاع البيت؛ لأنه هو الذى يتولى رفعها وضعها، فإذا تولد من ذلك فساد لا يكون عليه ضمان؛ لأنه تولد من عمل مأذون فيه، وكان القياس الوديعة من مسألتنا أن لو سقطت الوديعة من يد المودع، فهلكت وهناك لا ضمان؛ لأن الهلاك حصل من الإمساك، وأنه مأذون فيه، فكذلك هذا.

١٤٠٨٦-ولو أن أجير القصّار فيما يدق من الثياب انفلتت من المدقة، فوقعت على ثوب، فتخرق فهذا على وجهين: إما اذا انفلتت المدقة أولا على الثوب قبل أن يقع على الخشبة التى يدق عليها، أو انفلتت بعد ما وقعت على الخشبة التى تدق عليها، فاذا انفلتت قبل أن يقع على ثوب القصارة، وحرق ثوبًا إن كان من ثياب القصارة، فلا ضمان عليه، وإنما الضمان على الأستاذ، لأن الخرق حصل من عمل القصارة فيما كان من ثياب القصارة، فيكون بإذن الأستاذ؛ لأنه أجير بالقصارة فى حق هذا الثوب، وأجير القصارة لا يضمن ما جنت يده، وإنما يضمن الأستاذ، وإن وقع على ثوب ليس من ثياب القصارة، فإن الأجير يضمن؛ لأن الخرق حصل بغير إذن الأستاذ؛ لأن الإذن بالعمل ثبت بالإجازة، وأنه أجير فيما كان من ثياب القصارة، وليس بأجير فيما ليس من ثياب القصارة، فيكون هو والأجنبى فى ذلك سواء، فأما إذا انفلتت المدقة بعد ما وقعت على الخشبة التى يدق عليها ثياب القصارة، فأصابت ثوبًا آخر، ذكر فى ظاهر الرواية أنه لا

(١) وكان فى الأصل وم، وف "كان" مكان "كانت".

يضمن بلا تفصيل بين أن يكون ذلك الثوب من ثياب القصارة، أو لم يكن من ثيابه.

حكى عن أبى بكر البلخى رحمه الله: أنه كان يقول: يجب أن يكون الجواب فيه كالجواب فيما إذا وقعت المدقة ابتداء على هذا الثوب، وقد ذكر الجواب فيه على التفصيل، فكذلك هذا؛ لأن الإذن بالعمل ثبت بالإجارة، وأنه أجير بالقصارة فيما كان من ثياب القصارة، وليس بأجير فيما ليس من ثياب القصارة، ولكن ظاهر الرواية لم يفصل، فكأنه فرّق بين انقلاب المدقة على الثوب الذى ليس من ثياب القصارة قبل وقوعها على الخشبة وبين انقلابها بعد ما وقعت على الخشبة، وعليها ثياب القصارة.

ووجه الفرق بينهما أن الانقلاب متى حصل أولا على الثوب الذى ليس من ثياب القصارة، فهذا العمل غير مأذون فيه أصلا؛ لأن الإذن ثبت بالإجارة، وأن أجير فيما كان من ثياب القصارة، لا فيما ليس من ثياب ثياب القصارة، فإذا حصل هذا بغير إذن بقى مقصورًا على الأجير، ولم ينتقل إلى الأستاذ، فكان الضمان على الأجير لا على الأستاذ.

فأما إذا وقع أولا على الخشبة التى يدق عليها وعليه ثوب القصارة، ثم انفلتت إلى ثوب آخر ليس من ثياب القصارة، وتخرق فهذا العمل حصل بإذن الأستاذ؛ لأنها وقعت على ثوب القصارة أولا، وأنه أجير فى حقه، فيكون مأذونًا فى دقه، وإذا كان هذا العمل حاصلا بإذن الأستاذ انتقل هذا القدر من العمل إلى الأستاذ، فكان الأستاذ دقّ بنفسه، ثم انفلتت المدقة بعد ما وقعت على الخشبة التى يدق عليها، وأصاب الثوب، فتخرق، ولو كان كذلك يجب الضمان على الأستاذ لا على اللأجير، فكذلك هذا.

وإن أصابت آدميًا يجب أن يكون الجواب فيه على التفصيل الذى ذكرنا فى الثوب إن كان الانقلاب على الآدمى قبل أن يقع على الخشبة، فالضمان على الغلام، وإن كان بعد ما وقعت على الخشبة يجب أن يكون الضمان على الأستاذ لا على الأجير، كأن الأستاذ فعل بنفسه.

ولو كسر شيئًا من أداة القصارة على هذا الوجه إن كان مما يدق ويدق عليه بمثله، فلاضمان عليه؛ لأنه مسلّط على استعمال ما يدق، ويدق عليه من جهة الأستاذ، فيكون الكسر حاصلا بإذن الأستاذ، فلا يضمن، فأما إذا كان مما لا يدق، ولا يدق عليه،

فالأجير ضامن؛ لأن الكسر حصل بغير إذن الأستاذ، فإنه غير مسلط من جهة الأستاذ على استعمال ما لا يدق ولِلا يدق عليه.

١٤٠٨٧-ولو جفف القصار الثوب على حبل، فمرت به حمولة، فخرقته، لا ضمان عليه في قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن الهلاك لم يكن من فعله وعمله، وعندهما يضمن؛ لأن هذا مما يمكن التحرز عنه، والسائق ضامن؛ لأن مشي الدابة منقول إلى السائق، فما تولد من مشيها كان ضمان ذلك على السائق.

وفي "العيون": قصّار استعان برب الثوب ليدقه معه، فأعانه، وتخرق الثوب، ولايدري من أي الدقين تخرق، فالضمان كله على القصّار، رواه ابن سماعة عن محمد رحمه الله، وروى بشر عن أبي يوسف رحمه الله: أن على القصار نصف القيمة باعتبار الأحوال لمحمد رحمه الله أن الثوب في ضمان القصار بالقبض، فما[1] يحدث فيه يكون في ضمانه إلا أن يعلم أنه من فعل غيره، وهذا يجب أن يكون على قولهما خاصة، أما على قول أبي حنيفة رحمه الله ينبغي أن لايضمن القصّار أصلا ما لم يعلم أنه تخرق من دقه بناء على أن يد الأجير المشترك يد أمانة عنده يد ضمان عندهما، أو يكون قوله كقول أبي يوسف رحمه الله اعتبارًا الأحوال.

١٤٠٨٨-وفي "النوازل": سلّم ثوبًا إلى قصّار أو خيّاط، ثم وكل رجلا بقبضه، فدفع إليه القصّار غير ذلك الثوب، لم يلزم ذلك رب الثوب؛ لأن القصّار لا يستبد بالمعاوضة، ولا بالتمليك من رب الثوب، ولا ضمان على الوكيل إذا هلك الثوب في يده؛ لأنه قبض مال القصار بأمره، فكان أمينًا، وللرب الثوب أن يتبع القصار بثوبه.

١٤٠٨٩-وفي "المنتقى": رجل عنده ثياب وديعة، فجعل فيها ثوبًا له، ثم طلبها صاحبها، فدفعا كلها إليه، فضاع ثوب المستودع، فالآخذ ضامن له؛ لأن كل من أخذ شيئًا على أنه له، فضاع، فهو ضامن له، وإن كان رب الثوب بعث رجلا ليأخذ ثوبه، فدفع القصار إليه ثوبًا غير ثوب المرسل، إن كان الثوب للقصار، فلا ضمان على الرسول، وإن كان لغيره، ضمّن رب الثوب أيهما شاء، فإن ضمن القصّار لم يرجع على الرسول، وإن ضمن الرسول لم يرجع على القصار.

---

(١) وكان في الأصل: فيما.

وسئل القاضي الإمام شمس الإسلام الأوزجندي رحمه الله عمن دفع ثوبه إلى قصّار ليقصره اليوم، فلم يفعل اليوم حتى هلك الثوب، هل يضمن القصار؟ قال: نعم.

١٤٠٩٠-رجل بعث ثوبًا إلى قصار بيد تلميذه، ثم قال للقصار: إذا أصلحت، فلاتدفعه إلى تلميذي، فلما أصلحه دفعه إلى تلميذه، فذهب التلميذ بالثوب، هل يضمن القصار؟ فقيل: إن كان التلميذ حين دفع الثوب إلى القصار لم يقل له: هذا ثوب فلان بعث به إليك لا يضمن، وإن كان قال: ذلك للقصار، فإن صدّق القصار التلميذ في ذلك ضمن، وما لا فلا -والله أعلم بالصواب-.

نوع آخر
في المتفرّقات:

١٤٠٩١-وفي "النوازل": دفع إلى رجل مصحفًا ليعمل فيه، ودفع الغلاف معه، أو دفع سيفا إلى صيقلي ليصقله، ودفع الجفن معه، فسرق لا يضمن الغلاف؛ لأن في الغلاف مودع لا أجير، والمودع لا يضمن إلا ما جنت يده.

وفي "القدوري": عن محمد رحمه الله أنه قال: يضمن المصحف والغلاف والسيف والجفن؛ لأن السيف لا يستغني عن الجفن، والمصحف عن الغلاف، فصارا كشيء واحد، وإن أعطا مصحفًا يعمل له غلافًا، أو سكينًا يعمل له نصابًا[1]، فضاع المصحف أو السكين لم يضمن؛ لأنه استأجره على إيقاع العمل في غيرما لا فيهما، وهما ليسا بتبع لذلك الغير، بخلاف ما تقدم، فكان فيما كالمودع، وهذا كله على قول محمد رحمه الله، أما على قول أبي حنيفة رحمه الله: لا يضمن إلا ما هلك بصنع، أو بالتقصير في الحفظ كالمودع، والفتوى على قول أبي حنيفة رحمه الله كما ذكرنا.

١٤٠٩٢-وفي "المنتقى" عن أبي يوسف رحمه الله: دفع إلى رجل سيفا ليصلح من جفنه شيئًا، فضاع نصله لم يضمن؛ لأن النصل عنده وديعة؛ لأن العمل في الجفن، وكذلك لو دفع إليه مصحفًا ينقطه بأجر، فضاع غلافه لا يضمن، وكذلك إذا دفع إليه ثوبًا ليرفوه في منديل، فضاع المنديل، وكذلك إذا دفع إليه ميزانًا ليصلح كفته، فضاع

(١) وفي "م": نصلا.

العود الذى يكون فيه الميزان، ولو دفع إليه ثوبًا يقطع صفة على سرجه، فهو ضامن لصفة والسرج جميعًا؛ لأن العمل فيها -والله أعلم-.

١٤٠٩٣-دفع إلى صانع[١] ذهبًا ليتخذ له سوارًا منسوجًا، والنسج لم يكن من عمل، فأصلح الذهب وطوّله، ودفعه إلى من ينسجه، فسرق من الثانى، فإن كان الصانع الأول دفعه إلى الثانى بغير أمر مالك، ولم يكن الثانى أجيرًا، ولا تلميذًا له، كان للمالك أن يضمن أيهما شاء فى قولهما رحمهما الله، وعند أبى حنيفة رحمه الله: الصانع الأول ضامن، أما الأجير فإن ذكر أنه سرق منه بعد العمل لم يضمن؛ لأنه إذا فرغ من العمل صار يده يد وديعة، أما ما دام فى العمل فيده يد ضمان؛ لأنه يتصرف فى مال الغير بغير أمره، ومودع المودع إنما لا يضمن عند أبى حنيفة إذا لم يتصرف[٢] فى الوديعة بغير أمر مالكها -والله أعلم بالصواب-.

ومما يتصل بهذا النوع:

الرد فى الأجير المشترك نحو القصار والخيّاط والنسّاج على الأجير؛ لأن الرد نقض القبض، فإنما يجب على من كان منفعة القبض له، ومنفعة القبض فى هذه المواضع للأجير [لأن الأجير][٣] عين وهو الأجرة، ولرب الثوب منفعة، والعين خير من المنفعة، وكان منفعة الأجير أكثر، فكان الرد عليه، وهذا بخلاف ما لو آجر عبدًا أو دابة، وفرغ المستأجر، فإنه يجب الرد على صاحب الدابة؛ لأن ثمة للأجير عين، وللمستأجر منفعة، فكان منفعة الأجير أكثر، فكان الرد عليه -والله أعلم بالصواب-.

ومما يتصل بهذا النوع:

النخاس أجير مشترك؛ لأنه يبيع للناس، ويشترى لهم بأجر حتى لو ضاع جارية أو غلام عنه، لا بصنعه، لا يضمن عند أبى حنيفة رحمه الله، وكذلك يتم بأن أجير

(١) وكان فى الأصل "صائغ".

(٢) فكذا فى الأصل "إذا لم يتعرف".

(٣) هكذا فى الأصل وم، ف.

مشترك؛ لأنه يحفظ مال الناس بأجر، فمتى ضاع شيء لا بصنعه، كان وجوب الضمان عليه، خلافًا بين أبي حنيفة وصاحبيه، وكذلك الدلال أجير مشترك، فلو دفع الدلال الثوب إلى رجل ليراه، ويشترى، فذهب بالثوب، ولم يظفر به، فلا ضمان على الدلال؛ لأن هذا أمر لا بد من في البيع، ولو كان في يد الدلال ثوب، فقال له رجل: هذا مالي سرق مني، فدفع الدلال ذلك إلى من أعطاه، فلا ضمان عليه؛ لأن أكثر ما فيه إن الدلال غاصب، إلا أنه قد رده على الغاصب، وغاصب الغاصب يبرأ بالرد على الغاصب.

ومما يتصل بهذا النوع:

١٤٠٩٤-إذا دفع إلى قصار ثوبًا، فلما سلمه القصّار إليه، قال: ليس فيها ثوبي، قال محمد رحمه الله: القول قول القصّار مع يمينه في قول من يضمن القصار، وفي قول من لا يضمن، ولكن لا يصدق في الأجر، ولا أجر عليه، وإنما كان القول قول القصار؛ لأنه إن اعتبر ضمينًا، فالقول قول الضمين في مثل هذا كالغاصب، يقول: هذا هو الذي غصبته، فإن اعتبر أمينًا، فكذلك كالمودع إن قال هذا هو الذي أودعني، إلا أنه لا يستحق الأجر؛ لأن الضمين والأمين إنما يصدّقان في حق دفع الضمان عن أنفسهما، أما في إيجاب الضمان على غيرهما فلا؛ لأن المدعي في ذلك الأجير، والمنكر هو المستأجر؛ لأن الأجرة لا تملك بنفس العقد، إنما يجب باستيفاء المنفعة المعقود عليها، ولم يعلم استيفاءها.

١٤٠٩٥-وفي "فتاوى الفضلي": استأجر حمّالا ليحمل له حمولة إلى بلد كذا، ويسلمها إلى السمسار، فحملها، فقال السمسار للحمال: إن وزن الحمولة في النارنامج كذا، وقد نقصت في الوزن، فأنا لا أعطينك من الأجر بحساب ما نقص، ثم اختلفا بعد ذلك، فقال السمسار: أوفيتك الأجر، وكذّبه الحمّال، فالقول قول الحمّال، ولا خصومة لكل واحد منهما قبل صاحبه؛ لأنه لا شغل بينهما، إنما الخصومة بين الحمّال وبين صاحب الحمل.

١٤٠٩٦-وفي "العيون" عن محمد رحمه الله: فيمن دفع إلى ملاح أكرار حنطة

يحمل كل كر بكذا، فلما بلغا موضع الشرط، قال رب الطعام : نقص طعامى، وقد كان كاله على الملاح، وقال الملاح : لم ينقص، فالقول لصاحب الطعام، ويقال للملاح : كِلْهُ حتى تأخذ منه من كل كر مقدار ما سمّى، ولو طلب ضمان الملاح، وقد كان دفع إليه أجره، فالقول للملاح إن الطعام وافٍ، ويقال لصاحب الطعام : كِلْهُ حتى تضمنه ما نقص من طعامك؛ لأن فى الوجه الأول الملاح يدعى زيادة الأجر، وصاحب الطعام منكر؛ لما ذكرنا أن الأجرة إنما يجب بالعمل لا بنفس العقد، وفى الوجه الثانى صاحب الطعام يدّعى وجوب رد شيء من الأجر بحسابه، والملاح ينكر، ثم قال : ههنا يقال لصاحب الطعام : كِلْهُ حتى تضمنه ما نقص من طعامك، فيحتمل أن يكون المراد به حتى تسترد من الأجر بقدر ما نقص من طعامك، ويحتمل أنه أراد به تضمين ما انتقص من الطعام، كما هو ظاهر اللفظ، فإن كان المراد به الأول، فهو ظاهر على قول الكل، وإن كان المراد به الثانى، فها علـى قول محمد رحمه الله خاصة، أو على قوله، وقول أبى يوسف رحمه الله على ما ذكرنا فيما إذا قال الأجير المشترك قد وردت، أما على قول أبى حنيفة رحمه الله ليس لصاحب الطعام تضمين الملاح إلا بجناية أو تقصير منه على ما ذكرنا غير مرة، والفتوى على قوله.

١٤٠٩٧-وفى "النوازل" : راكب سفينة، قال له صاحب السفينة حملتك بدرهمين، فهات الدرهمين، وقال الراكب : بل استأجرتنى لأحفظ السكان بدرهمين، فهات الدرمين، وأقاما ابينة تقبل بينة اراكب؛ لأن صاحب السفينة حيث استأجر ليحفظ السكان، فقد أذن له بأن يركب، كذا ذكر ههنا.

١٤٠٩٨-وذكر بعد هذا رجل ادعى على آخر أنك استأجرتنى لأمسك السكان فى سفينتك من ترمذ إلى آمل بعشرة دراهم، وادعى عليه رب السفينة أنى حملتك فى سفينتى من ترمذ إلى آمل بخمسة دراهم، فالقول لكل واحد منهما مع يمينه، والبداية بيمين أحدهما ليست بأولى البداية بيمين الآخر؛ لاستواء حالهما فى الدعوى والإنكار، فللقاضى أن يبدأ بأحدهما، وإن أقرع نفيًا للتهمة فحسن، ولا أجر لكل واحد منهما على صاحبه، وإن أقاما البينة، فالبينة بينة الملاح، وله على صاحب السفينة عشرة دراهم، ولا أجر لصاحب السفينة على الملاح؛ لأن الأمرين جميعًا لو كانا لكان إجارة صاحب السفينة انتقضت؛ أنه لا بد للملاح من كونه فى السفينة.

١٤٠٩٩-ولو ادّعى رجل على آخر أنى أكريتك بغلا من ترمذ إلى بلخ بعشرة دراهم، وادعى عليه الآخر أنك استأجرتنى لأبلغه إلى فلان ببلخ بخمسة دراهم، فالقول لكل واحد منهما مع يمينه، ولا أجر، وإذا أقاما البينة فبينة صاحب البغل أولى؛ لأن حفظ البغل واجب على غير صاحب البغل على تقدير ثبوت الأمرين، فلا يجوز الإجارة على ذلك تقدمت أو تأخرت، فلايجب الأجر.

وفى "النوازل": آجر داراً سنة، فلما انقضت السنة أخذ الدار، وكنسها وسكنها، فقال المستأجر: كان لى فيها دراهم، فكنستها وألقيتها، فإن صدّقه رب الدار فى ذلك ضمن، وإن أنكر، فالقول له مع يمينه؛ لأن المستأجر يدعى عليه ضمانًا، وهو ينكر -والله أعلم بالصواب-.

ومما يتصل بهذا:

١٤١٠٠-إذا دفع غزلا إلى نسّاج لينسجه، أو دفع ثوبًا إلى قصار ليقصره، أو إلى صبّاغ ليصبغه، فجحد المدفوع إليه الغزل والثوب، وحلف على ذلك، ثم أقر وجاء به منسوجًا أو مقصوراً أو مصبوغًا، فإن كان قد عمل قبل الجحود، فله الأجر؛ لأنه عمل حال قيام الإجارة، فاستحق الأجر، وإن كان عمل بعد الجحود، ففى النسّاج الثوب للنسّاج، وهو ضامن للمالك غزلا مثل غزله؛ لأنه بالجحود صار غاصبًا للغزل[1]، ومن غصب غزلا ونسجه يبطل حق المالك، وضمن مثل ذلك الغزل؛ لأن الغزل من ذوات الأمثال، ولا أجر له؛ لأنه عمل لنفسه، وفى القصار الثوب لصاحبه، ولا أجر له؛ لأنه ليس له فى الثوب عين مال قائم، وقد عمل بعد بطلان الإجارة، وفى الصبّاغ يخيّر رب الثوب، إن شاء أعطاه قيمة ما زاد الصبغ فيه؛ لأن له عين مال قائم فى الثوب، وهو الصبغ، بخلاف القصّار، وإن شاء ترك على ثوبه وضمن قيمته أبيض كما فى الغاصب.

---

(١) وكان فى الأصل "لأنه عمل حان قيام الإجارة غصب غزلا... إلخ".

١٤١٠١-هذه الجملة في "العيون"، وفي "واقعات الناطفي": ثوب مخيط قال رب الثوب: أنا خطته، وقال الخيّاط: أنا خطته، فإن كان في يد رب الثوب، أو في داره، فالقول قول رب الثوب مع يمينه؛ لأن ينكر ما يدعيه الخياط، فإذا حلف لا أجر عليه، وإن كان في يد الخيّاط، أو في أيديهما، فالقول للخيّاط مع يمينه؛ لأن الظاهر شاهد له، فإذا حلف فله الأجر على رب الثوب -والله أعلم بالصواب-.

الفصل التاسع والعشرون
فى التوكيل فى الإجارة

١٤١٠٢-وإذا وكل الرجل رجلا بأن يستأجر له داراً بعينها ببدل معلوم، ففعل، فالآجر يطالب الوكيل بالأجرة، والوكيل يطالب الموكل، وللوكيل أن يطالب الموكل بالأجرة، وإن لم يطالبه الآجر، وإذا وهب الآجر الأجر من الوكيل، أو أبرأه، صحّ، وللوكيل أن يرجع بالأجر على الآجر[1] الوكيل باستئجار الدار إذا ناقض الإجارة مع الآجر، إن لم يكن الوكيل قبض الدار المستأجر، فمناقضته صحيحة قياسًا واستحسانًا، وإن قبضه، فالقياس أن يصح المناقضة، وفى الاستحسان: لا يصح.

إذا وكله أن يستأجر أرضًا له شهرًا، فاستأجرها شهرين، فالشهر الأول للموكل، والشهر الثانى للوكيل.

١٤١٠٣-وإذا وكّل رجلين باستئجار دار أو أرض، فاستأجر أحدهما، وقع العقد له؛ لأن أحد الوكيلين لا ينفرد باستئجار، فتعذر إيقاع العقد للموكل، فيقع للوكيل، فإن دفعها الوكيل إلى الموكل، انعقدت بينه وبين الموكل إجارة مبتدأة بالتعاطى، وهذه المسألة نص أن الإجارة تنعقد بالتعاطى.

١٤١٠٤-وفى "نوادر ابن سماعة عن محمد رحمه الله": وفى "الأمالى" عن أبى يوسف رحمه الله: رجل أمر رجلا أن يؤاجر داره، أو أرضه من رجل بأجر معلوم، ففعل، ثم إن المؤاجر نقض المستأجر الإجارة، فالنقض جائز، ولا ضمان على المؤاجر، ولو كان الأجر شيئًا بعينه، وتعجل الآجر ذلك لا يجوز مناقضة على الآمر، والفرق أن فى المسألة الثانية الأجر صار مملوكًا للآمر[2]، فالمؤاجر بالنقض يريد إزالة ذلك عن ملك الآمر، أما فى المسألة الأولى الآمر لم يملك شيئًا، فالمؤاجر بالنقض لا يزيل ملكه عن شىء فافترقا.

---

(١) كذا فى الأصل وم، وكان فى ظ، وف: "الآمر" مكان "الآجر".

(٢) وفى ف "للآجر" مكان "للآمر".

١٤١٠٥-وإذا وكّل الرجل رجلا أن يستأجر له داراً بعينها من رجل هذه السنة بمائة درهم، فاستأجرها الوكيل، وقبضها من المؤاجر، وأراد الموكل أخذها من الوكيل، فمنعها الوكيل حتى يأخذ الأجر، فهذه المسألة على وجوه: الأول: أن تكون الأجرة مطلقة، وفى هذا الوجه ليس للوكيل أن يحبس الدار من الموكل، لأن الوكيل بالاستئجار فى حق الحقوق كأنه استأجر لنفسه، ثم آجر من الموكل، ولو كان هكذا فكان الأجر مطلقًا، لم يكن للوكيل منع الدار لأجل الأجرة؛ لأن الأجرة لا تملك بنفس العقد، فكذا ههنا، فإن منعها الوكيل مع أنه ليس له حق المنع حتى مضت السنة، فالأجر واجب على الوكيل؛ أن الوكيل فى حق الحقوق بمنزلة العاقد لنفسه، والأجر من حقوق العقد.

ولو استأجر الدار لنفسه سنة، وقبض الدار مدة الإجارة كان عليه الأجر، وإن لم يسكن، كذا ههنا، ويرجع الوكيل على الموكل بالأجرة؛ لأن الوكيل قبض الدار من الآجر، وله حق القبض، وقبض الوكيل متى حصل بحق، فهو بمنزلة قبض الموكل فى حق المعقود عليه؛ لأن يد الوكيل فى حق المعقود عليه الذى يقابله البدل يد أمانة ونيابة، وللمنفعة حكم الوجود شيئًا فشيئًا فى حق حكم العقد، فإذا صار يد الوكيل كيد الموكل، صار كأن المنافع وجدت شيئًا فشيئًا فى يد الموكل، فلايسقط شىء من الأجر إلا إذا خرج يد الوكيل من أن يكون يد الموكل، وذلك بأحد معنيين، بأن يحبس الوكيل العين بالبدل حتى تصير يد الوكيل يد ضمان بحكم العقد، وذلك لم يوجد ههنا؛ لأنه ليس للوكيل ههنا حق الحبس بالأجرة.

والثانى: أن يصير الوكيل غاصبًا، ولا يمكن تحقيق الغصب ههنا، لا فى حق المنافع؛ لأن المنافع ليست بمحل للغصب عندنا، ولا فى حق العين؛ لأنه لو اعتبر غاصبًا للعين إما أن يعتبر من الآجر أو من الموكل، لا وجه إلى الأول؛ لأن قبض الوكيل الدار من الأجر حصل بحكم العقد، ولا وجه إلى الثانى؛ لأن الوكيل[1] ليس بمالك للعين، والغصب من غير المالك لا يتصور، وإذا لم ينقلب يد الوكيل يد غصب، ولا يد ضمان بحكم الحبس، بقيت يد الوكيل يد أمانة، فصار حدوث المنافع فى يد الوكيل وحدوثها فى يد الموكل سواء.

---

(١) هكذا كان فى الأصل وظ، وكان فى ف و م: "الموكل".

الوجه الثانى : أن يكون الأجر مؤجلا إلى سنة ، والجواب فى هذا الوجه نظير الجواب فى الوجه الأول ، والكلام فى هذا الوجه أظهر ؛ لأن العقد إذا كان مطلقًا فالأجرة لا تجب إلا السكنى ، وإذا كان الأجر مؤجلا لا يجب إلا بعد السنة ، فكان انعدام حق الحبس للوكيل ههنا أظهر وأبين ، فكان أولى بأن لا يتبدل يده عن النيابة والأمانة بالضمان .

١٤١٠٦-ولو غصب رجل أجنبى الدار من المستأجر ، أو من الآجر حتى تمّت السنة ، لم يجب عليهما أجر ؛ لأن يد الغاصب ليس كيد الوكيل ، ولا كيد الآجر فيما يرجع إلى حكم العقد ، والمنافع تحدث شيئًا فشيئًا ، فحصل هلاك المعقود قبل قبض العاقد ، وقبل قبض من وقع له العقد ، فأوجب سقوط الأجر ، بخلاف الفصل الأول ؛ لأن هلاك الدار فى يد الوكيل عند حدوث المنفعة حقيقةً ، ويد الوكيل يد الموكل حكمًا ، فحصل هلاك المقصود على بعد قبض من وقع له العقد من حيث الحكم ، فلذا لم يسقط الأجر .

ورأيت فى تعليق جدّى القاضى الإمام الأجل جمال الدين رحمه الله ذكر فى بعض الروايات : أن الوكيل فى هذه الصورة لا يرجع بالأجر على الآمر[1] استحسانًا .

قال ثمّة وهو الصحيح ، فكأنه مال إلى أن الوكيل بالحبس صار غاصبًا الدار[2] من الآمر ، والغصب من غير المالك متصور فى الجملة ، فصار هذا ما لو غصبه أجنبى سواء ، وهكذا روى ابن سماعة رحمه الله فى "نوادره" عن أبى يوسف رحمه الله ، وأشار جدّى إلى المعنى ، فقال : قبض الوكيل كقبض الموكل ، فوقع قبض الوكيل أولا للموكل ، وصار الوكيل بالسكنى بعد ذلك غاصبًا للسكنى من الموكل ، فيوجب ذلك سقوط الأجر عن الموكل ، وأشار ابن سماعة رحمه الله إلى المعنى لأبى يوسف رحمه الله ، فقال : الوكيل بالاستئجار فى حق الحقوق كأن استأجر لنفسه ، ثم آجر من الموكل حكمًا ، ولو كان هذا حقيقة ، ولم يسلم الوكيل الدار إلى الموكل حتى مضت المدة ، لم يستحق الوكيل الأجر على الموكل ، كذا ههنا .

---

(١) هكذا فى ظ ، ف ، وفى م : "لا يرجع بالأجر على الآجر" وكان فى الأصل "لا يرجع الآجر بالأجر".

(٢) هكذا فى ف و م وظ ، وكان فى الأصل : غاصبًا للدار .

١٤١٠٧-قال : وكذلك لو كان الآمر قبض الدار من الوكيل ، ثم تعدّى عليما الوكيل ، فأخرجها من يد الآمر ، حتى مضت السنة ، لزم الأجر لرب الدار على الوكيل ، ويرجع الوكيل بها على الآمر ؛ لأن الوكيل قبض الدار ، وله حق القبض ، فصار الموكل قابضًا بقبضه حكمًا ، فلو سقط الأجر عن الآمر إنما يسقط إذا خرج يد الوكيل من أن يكون يد الموكل ، ولم تخرج على ما مرّ ، فإن اندمت الدار من سكنى الوكيل ، فلا ضمان عليه ؛ لأنه لم يصر غاصبًا الدار من الآمر ، لما مرّ ، ولم يصر غاصبًا من الآجر ؛ لأنه قبضها من الآجر ، وله حق ا القبض ، وكذلك لم يصر غاصبًا بالسكنى ؛ لأن أكثر ما فى الباب أنه شرط سكنى الآمر إلا أن السكنى مثل السكنى ، ألا ترى أن من استأجر دارًا يسكنها لنفسه ، فأسلمها غيره بأجر ، أو بغير أجر لم يصر مخالفًا ، حتى يلزمه الأجر ، فههنا كذلك .

قال محمد رحمه الله فى هذه المسألة الأولى أن الوكيل يرجع بالأجر على الآمر فى القياس ، وإنما أراد به -والله أعلم- القياس على الوكيل بالشراء ، فإن الوكيل بالشراء إذا حبس وليس له حق الحبس حتى هلك ، لا يسقط الثمن عن الآمر ، فكذا لا يسقط الأجر عن الموكل ههنا .

هذا الذى ذكرنا إذا استأجر الوكيل الدار سنة بمائة درهم مؤجلة أو مطلقًا ، فأما إذا شرط الوكيل بتعجيل الأجرة صحّ عليه وعلى الآمر ؛ لأن الأمر مطلق ، وتعجيل الأجر الوكيل ذلك كالوكيل بالبيع المطلق يملك البيع بالأجل المعتاد بالاتفاق ، فههنا كذلك ، فإن قبض الوكيل الدار ، ودفع الأجرة ، أو لم يدفعه ، فله أن يمنع الدار من الآجر حتى يستوفى الأجر ؛ لما ذكرنا أن الوكيل بالاستئجار فى حق حقوق العقد كأنه استأجره لنفسه ، ثم آجره من موكله ، ولو استأجره لنفسه ، ثم آجره من موكله بشرط تعجيل الأجر ، كان له حق حبس الدار ، كذا ههنا .

فإذا منع الوكيل الدار من الموكل بعد ما طلب الموكل حتى مضت السنة ، والدار فى يد الوكيل ، فالأجر للآجر على الوكيل لما مرّ ، ولا يرجع به على الآمر ؛ لأنه لما حبس الدار من الآمر ، وله حق الحبس خرجت يد الموكل من أن يكون يد أمانة ونيابة ، فلم تصر المنافع حادثة فى يد الموكل حكمًا ، فلم يجب الأجر على الموكل ، وصار كالوكيل بشراء

العين إذا قبض العين، وطلبه الآمر، فمنعه عنه الوكيل، ثم هلك فى يد الوكيل، وهناك يبطل عن الآمر الثمن لتبدل يده، كذا ههنا.

فلو لم يطلب الآمر الدار حتى مضت السنة، لزم الوكيل الأجر، ورجع به على الآمر؛ لأن الآمر صار قابضًا للدار بقبض الوكيل، فلو تبدلت يد الوكيل إنما تتبد بالمنع، وذلك إنما يكون بعد الطلب، ولم يوجد، فصار يد الوكيل باقيًا على حكم النيابة، كما فى الوكيل بشراء العين.

وإن مضت نصف السنة، ثم طلب الآمر الدار، فمنع الوكيل منه حتى تمت السنة، وجب الأجر كله على الوكيل، ويرجع على الآمر بحصة ما كان قبل الطلب، ولا يرجع بحصة ما بعد الطلب والمنع اعتبارًا للبعض بالكل، وصار كالوكيل بشراء الأعيان إذا هلك بعضها فى يده قبل طلب الموكل، وبعضها بعد طلب الموكل، ومنع الوكيل، فالوكيل يؤاخذ بالثمن كله، ويرجع على الآمر بحصة ما هلك بعد المنع والطلب، كذا ههنا.

١٤١٠٨-وفى "نوادر ابن سماعة عن محمد رحمه الله": رجل أمر رجلا أن يستأجر له أرضًا بعينها، فاستأجره المأمور كما أمر الآمر به، ثم إن الآمر اشترى[1] الأرض لنفسه بعد ذلك من صاحبها، وهو لا تعلم بالإجارة، ثم علم فإن لا يكون له أن يردها، ويكون فى يده بحكم الإجارة، معنى قوله: لا يردها: لا يرد الإجارة؛ لأن استئجار المأمور للآمر قد صحّ، ونفذ[2] على الآمر، وتعلق به حق الآمر، فلا يملك إبطال حقه بالنقض، والرد عليه.

وفيه أيضًا: الوكيل باستئجار الدار بعينها بعشرة إذا استأجرها بخمسة عشرة، ودفعها إلى الموكل، وقال: إنما استأجرتها بعشرة، فلا أجر على الآمر، وعلى الوكيل الأجر لرب الدار؛ لأن العقد ههنا نفذ على الوكيل لمكان الخلاف، وهذه المسألة دليل أن الإجارة لا تنعقد بالتعاطى.

١٤١٠٩-وفى "نوادر إبراهيم": عن محمد رحمه الله: الوكيل بإجارة الأراضى

(١) وفى م "استأجر" مكان "اشترى".

(٢) ،كان فى م "نقد".

إذا دفع الأراضى مزارعة، إن كان البذر من قبل الوكيل لا يجوز، وإن كان من قبل المزارع جاز؛ لأن البذر إن كان[1] من قبل المزارع يصير المزارع مستأجرًا، والوكيل مؤاجرًا، ولا كذلك ما إذا كان البذر من قبل الوكيل.

وفى "نوادر بشر" عن أبى يوسف رحمه الله: فى الوكيل بإجارة الدار بعشرة إذا آجرها بخمسة عشر، فهو فاسد، ويتصدق بالخمسة إن كان قد أخذها.

وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله: رجل آجر رجلا دارًا، ثم إنه استحقها رجل ببينة قامت له على الدار، وقال: كنت دفعتها إلى الآجر، وأمرته أن يؤاجرها لى، فالأجر لى، وقال الآجر: كنت غصبتها منه، وآجرتها، فالأجر لى، فالقول قول رب الدار؛ لأن الظاهر شاهد له؛ لأن الظاهر أن الإنسان إنما يتصرف فى ملك الغير لذلك الغير، وإن أقام الآجر بينة على ما ادعى من الغصب، لا تقبل بينته؛ لأنه بهذه البينة يريد إبطال قول المستحق، والبينات شرعت للإثبات لا للإبطال، وإن أقام بينة على إقرار المستحق بما ادعى من الغصب، قبلت بينته، وكانت الأجرة له؛ لأنه بهذه البينة لا يبطل قول المستحق، إنما يثبت إقراره بالغصب، ثم إذا ثبت الغصب يترتب عليه حكم الأجرة.

ولو كان الآجر بنى فى الأرض بناء، ثم آجرها مبنية، فقال رب الأرض: أمرتك أن تبنى وتؤاجر، وقال الآجر: غصبتك وبنيتها وأجرتها، قال: يقسم الأجر على قيمة الأرض غير مبنية وعلى البناء، فما أصاب الأرض فهو لرب الأرض، وما أصاب البناء، فهو للغاصب؛ لأن فى البناء الظاهر شاهد للغاصب؛ لأن البناء فى يده -والله أعلم بالصواب-.

(١) وفى ف "ذا كان".

الفصل الثلاثون
فى الإجارة الطويلة المرسومة ببخارى

١٤١١٠-قال محمد رحمه الله فى كتاب الشروط : فى الرجلين آجرا من رجل دارًا عشر سنين ، فخاف المستأجر أن يخرجاه منها ، فأراد أن يستوثق من ذلك ، فالحيلة أن يستأجر كل شهر من الشهور الأول بدرهم ، والشهر الآخر ببقية الأجر ، فإن معظم الأجر إذا كان للشهر الآخر ، فهما لا يخرجانه ممن الدار ، وعن هذه المسألة استخرجوا الإجارة الطويلة المرسومة ببخارى ، وجعلو أجر السنين المتقدمة شيئًا قليلا ، وجعلوا معظم الأجر للسنة الأخيرة .

وحكى أن فى الابتداء كانوا يكتبون بيع المعاملة ، فلما كان فى زمن الفقيه محمد بن إبراهيم الميدانى رحمهما الله كر ذلك ؛ لمكان شبهة الربا ، وأحدث هذا النوع من الإجاة ليصل الناس إلى الاسترباح بأموالهم ، فيحصل لهم منفعة الدار والأرض مع الأمن عن ذهاب شىء مقصود من المال ، فجعل بمقابلة السنين المتقدمة شيئًا قليلا من الأجر ، وجعل بقية المال بمقابلة السنة الأخيرة ، واستثنى ثلاثة أيام من آخر كل سنة ، وشرط الخيار لكل واحد منهما فى هذه الأيام الثلاثة .

وقد أخبرنى من أثق به أنى وجدت الإجارة الطويلة المرسومة فى فتاوى قديمة مروية عن محمد رحمه الله برواية الشيخ الإمام الزاد أبى حفص الكبير رحمه الله ، وإنما شرط الخيار لكل واحد منهما ليتمكن كل واحد منهما من الفسخ ، فيصل إلى أصل ماله بواسطة الفسخ ، وإنما استثنى ثلاثة أيام آخر كل شهر حتى يشترط الخيار فى هذه الأيام المستثناة ، فيكون شرط الخيار فى غير الأيام الداخلة فى العقد ، إذ لو كان شرط الخيار فى الأيام الداخلة فى العقد يزيد الخيار على ثلاثة أيام فى العقد ، وأنه يفسد العقد عند أبى حنيفة رحمه الله ، أما إذا شرط الخيار فى الأيام المستثناة عن العقد ، كان هذا اشتراط زيادة على ثلاثة أيام فى غير العقد ، وأنه لا يفسد العقد .

ولأنا إذا شرطنا الخيار فى الأيام الداخلة فى العقد، لا يصح الفسخ من غير محضر من صاحبه عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله، فشرطنا الخيار فى هذه الأيام المستثناة عن العقد ليتمكن كل واحد منهما من الفسخ بغير محضر من صاحبه؛ لأن الفسخ حينئذٍ يكون امتناعًا من لزوم العقد بعد هذه الأيام، فلا يشترط حضرة صاحبه.

وكان الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل البخارى رحمه الله يفتى بجواز هذه الإجارة، وكذا من بعد من الأئمة ببخارى إلى يومنا هذا، وكان الزّهاد من مشايخنا كالشيخ الإمام أبى بكر بن حامد، والشيخ الإمام أبى حفص السفكردرى رحمهم الله وأمثالهما كانوا لايفتون بجواز هذه الإجارة، وكانوا يقولون فيها شبهة الربا، وليس الأمر، كما قالوا.

وبيان الشبهة أن هذا عقد واحد؛ لأنه حصل بإيجاب واحد، فإذا شرط الخيار ثلاثة أيام فى آخر كل ستة أشهر، أو فى آخر كل سنة تزيد مدة الخيار على ثلاثة أيام، واشتراط الخيار فى عقد واحد زيادة على ثلاثة أيام يوجب فساد العقد على قول أبى حنيفة رحمه الله.

وعلى قول أبى يوسف رحمه الله: تجيء شبهة أخرى، وبيان ذلك: أنهما إذا عقدًا عقد الإجارة فى غرة الشهر، أو فى وسط الشهر، وشرطا الخيار فى آخر كل سنة، فإن تلك السنة كلها تصير أيام خيار عنده، وكذلك السنة الثانية والثالثة إلى آخر المدة، فلا يفيد العقد فائدة، وقاسوا هذه المسألة على مسألة أخرى على مذهب أبى يوسف رحمه الله، وصورتها: رجل اشترى من آخر عبدًا أو ثوبًا على رأس شهر على أن بالخيار فيه آخر يوم من هذا الشهر، أن ذلك الشهر خيار كله[١].

والمعنى المجوّز دفع حاجة الناس بأموال الغير؛ لأن الإنسان لا يقرض غيره شيئًا كثيرًا من ماله من غير أن يطمع فيه وصول نفع مالى إلا نادرًا، وبذلك النادر لاتقوم الحوائج، فكان فى تجويز هذه الإجارة تعديل النظر من الجانبين.

ثم اختلف المشايخ رحمهم الله الذين قالوا بجواز هذه الإجارة: إنما يعتبر[٢] عقدًا

---

(١) وفى "م": أن ذلك خيار كله.

(٢) هكذا فى الأصل وف، وكان فى ظ، م "إنها تعتبر عقدًا".

واحداً أو عقوداً مختلفة بعضهم قالوا: يعتبر عقوداً مختلفة حتى لا تزيد مدة الخيار ثلاثة أيام في عقد واحد فيفسد به العقد عند أبي حنيفة رحمه الله، وبعضهم قالوا: يعتبر عقداً واحداً؛ لأنا لو اعتبرناها عقوداً فما سوى العقد الأول يكون مضافًا، وفي الإجارة المضافة لا يملك الأجرة بالتعجيل، ولا باشتراط التعجيل، والفرض من هذه الإجارة ملك الأجرة.

ويبتنى على هذا الاختلاف إجارة دار اليتيم إجارة طويلة، واستئجار الدار لليتيم إجارة طويلة، ووجه البناء أن هذا العقد لا شك أنه لا يجوز في المدة التي يصيبها قليل الأجرة في اللإجارة، وكثيرة الأجرة في الاستئجار، وهل يتعدى الفساد إلى الباقي؟ فمن جعله عقوداً قال: لا يتعدى، ومن جعله عقداً واحداً، قال: يتعدى.

وبعض المحققين من مشايخنا رحمهم الله قالوا: يتعدى الفساد إلى الكل، اعتبرناها عقداً واحداً أو عقوداً إذا اعتبرناها عقداً واحداً فظاهر، وإن اعتبرناها عقوداً متفقة فكذلك؛ لأنها إنما يعتبر عقوداً متفرقة باعتبار استثناء بعض هذه الأيام، أما من حيث اللفظ ومقصود العاقدين، فهما عقد واحد.

أما من حيث اللفظ فلأن الآجر يقول: آجرتك هذ الدار بكذا هذه المدة بهذه الشرائط، والمستأجر يقول: قبلت استأجرت، وأما من حيث مقصود المتعاقدين، فلأن مقصود المتعاقدين مباشرة عقد واحد، واستثناء بعض هذه المدة من هذا العقد لإتمام ما هو مقصودهما من هذا العقد، وهو التوثيق بالمال مع حصول النفع للمستأجر، ويمكن كل واحد منهما من الفسخ قبل تمام المدة، فهو معنى قولنا: العقد واحد مقصوداً ولفظًا، فإذا فسد البعض ثبت الفساد في الباقي من وجه، فيلحق بالفاسد من كل وجه احتياطًا.

فإن طلب حيلة في جواز هذه الإجارة فالحيلة إذا كانت الدار للصغير أن يجعل ما الإجارة بتمامه للسنة الأخيرة، ويجعل بمقابلة السنين المتقدمة مالا هو أجر مثله، أو أكثر، ثم يبرئ والد الصغير المستأجر عن أجرة السنين المتقدمة، ويصح إبراءه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، خلافًا لأبي يوسف رحمه الله، وإن أراد يصير مجمعًا عليه يلحق به حكم الحاكم.

والحيلة: إذا استأجر الأب للصغير أن ينظر إلى أجر مثل كل سنة لهذه الدار،

فيجعل مال الإجارة على اعتباره للسنين المستأجرة، وللسنين المتقدمة شيئًا قليلا، صورته: إذا كان مال الإجارة ألف درهم مثلا، وأجر مثل هذه الدار كل سنة مائة، يجعل بمقابلة عشرين سنة من أوائل هذه السنين شيء قليل، ويجعل بمقابلة العشر سنين المستأجرة ألف إلا شيء قليل، فيجوز ويحصل المقصود.

قال الصدر الشهيد رحمه الله: والأصح عندى أنه يعتبر عقودًا فى حق سائر الأحكام عقدًا واحدًا فى حق ملك الأجرة بالتعجيل، أو باشتراط التعجيل، وعندى أنه لا حاجة إلى هذا التكليف، فإنه يمكن اعتبارها عقدًا واحدًا.

قوله: يزيد الخيار على ثلاثة أيام فيعقد واحد، قلنا: نعم يزيد الخيار على ثلاثة أيام، لكن لا فى العقد، فإن من جوّز هذه الإجارة شرط أن يشترط الخيار فى هذه الأيام الثلاثة المستثناة التى هى غير داخلة تحت العقد، كيلا يزيد الخيار على الثلاثة الأيام فى عقد واحد، وإذا كان من شرط جواز هذه الإجارة شرط الخيار فى الأيام المستثناة، وأنها غير داخلة فى العقد، كان هذا اشتراط الخيار زيادة على ثلاثة أيام فى غير أيام العقد، وأنه لا يفسد العقد بالإجماع.

وكذا يمكن اعتبارها عقودًا إن اعتبرناها عقودًا، قوله: بأن الأجرة لا تملك فى الإجارة المضافة، قلنا: عن أصحابنا فيه روايتان على ما ذكرنا، فنأخذ بالرواية التى يملك فيها الأجرة بالتعجيل، واشتراط التعجيل، وكما تجوز الإجارة الطويلة فى العقار والضياع، يجوز فى الدواب والمماليك أيضًا، إذ المعنى لا يوجب الفصل، وهذا كله فى الأملاك.

جئنا إلى الأوقاف:

١٤١١١-فنقول: إذا استأجر الأوقاف من المتولى مدة طويلة، فإن كان الواقف شرط أن يؤاجر[1] أكير من سنة، يجب مراعاة شرطه لا محالة، ولا يفتى بجواز هذه الإجارة، وإن كان لم يشترط شيئًا، نقل عن جماعة مشايخنا رحمهم الله أنه لايجوز أكثر من سنة واحدة.

(١) وفى "ف": أن لا يؤاجر.

وقال الفقيه أبو جعفر: إنما أجوّز في ثلاث سنين، ولا أجوّز فيما زاد على ذلك، والصدر الشهيد الكبير حسام الدين تغمده الله بالرحمة كان يقول في الضياع: نفتي بالجواز في ثلاث سنين إلا إذا كانت المصلحة في عدم الجواز، وفي غير الضياع يفتى بعدم الجواز فيما زاد على سنة واحدة، إلا إذا كانت المصلحة في الجواز، وهذا أمر يختلف باختلاف الزمان والموضع.

ثم إذا استأجر على الوجه الذي جاز، فرخصت أجرتها لا تفسخ الإجارة، وإذا ازداد أجر مثلها بعد مضي بعض المدة، ذكر في "فتاوى أهل سمرقند": أنه لا يفسخ العقد، وذكر في شرح الطحاوي أنه يفسخ العقد، ويجدد على ما ازداد، وإلى وقت الفسخ يجب المسمّى لما مضى.

١٤١١٢-ولو كانت الأرض بحال لا يمكن فسخ الإجارة فيها، بأن كان زرع لم يستحصد بعد، فإلى وقت الزيادة يجب المسمّى بحساب ذلك، وبعد الزيادة إلى تمام السنة يجب أجر مثلها، وزيادة الأجر إنما يعرف إذا ازدادت عند الملك، ذكر الطحاوي هذه الجملة[1] في كتاب المزارعة، وأما في الأملاك لا يفسخ العقد رخص أجر المثل أو غلا باتفاق الروايات.

١٤١١٣-وإذا استأجرت من آخر داراً أو أرضاً مقاطعة مدة قصيرة سنة مثلا، ثم إن الآجر أجراً من غيره إجارة طويلة لا شك أن الإجارة الطويلة لا تجوز في مدة الإجارة القصيرة؛ لما ذكرنا أن إجارة المستأجر لا تنعقد أصلا، فهل تجوز فيما وراءها، فمن جعلها عقداً واحد يقول: لا يجوز، ومن جعلها عقوداً متفرقة يقول: يجوز؛ لأن العقد فيما وراء المدة القصيرة مضاف، وإضافة الإجارة إلى وقت في المستقبل جائزة، فإذا انقضت المدة القصيرة تنفذ الطويلة ضرورة.

١٤١١٤-وإذا باع الآجر المستأجر في الإجارة الطويلة، ثم جاء وقت الاختيار، هل ينفذ البيع، حكى عن الشيخ الإمام الزاهد عبد الواحد الشيباني رحمه الله: أن في المسألة روايتين؛ لأن الإجارة فيما وراء الأيام المستثناة مضافة، فإذا نفذ البيع في أيام الخيار تنفسخ تلك الإجارة، وفي فسخ الإجارة المضافة روايتان على ما مرّ، بعض مشايخ

---

(١) وفي ف "المسألة".

زماننا رحمهم الله قالوا: يجب أن يفتى بعدم النفاذ، احترازا عن التلبيس والاحتيال، فإنهم قد يحتالون ويقولون: قد بعثنا قبل الأيام، وانفسخت الإجارة فى الأيام، ويطلبون أجرة ما مضى بعد الفسخ، وعسى يزداد ذلك على مال الإجارة، فيؤدى إلى الإضرار بالمسلمين.

وإن باع الآجر المستأجر فى الإجارة الطويلة فى أيام الفسخ قبل الفسخ، ذكر شمس الأئمة السرخسى رحمه الله: أن هذا الفصل يجب أن يكون على الروايتين أيضًا، كما لو باع قبل الفسخ؛ لأن الإجارة فى المدة الثانية[١] مضافة.

وقال الصدر الشهيد حسام الدين رحمه الله: يجب أن يكون نفاذ هذا البيع باتفاق الروايات؛ لأن للآجر ولاية الفسخ فى الأيام المستثناة، والبيع دلالة الفسخ، ولا كذلك؛ لأنه ليس للأمير ولاية الفسخ فى الإجارة المضافة، فجاز أن يكون فى نفاذ بيعه اختلاف الروايتين، وبه ختم -والله أعلم-.

نوع آخر من هذا الفصل:

قد ذكرنا أن الأيام المستثناة فى الإجارة الطويلة غير داخلة تحت العقد[٢]، فلو آجر المستأجر المستأجَر من غيره يبين تلك الأيام فى الإجارة الثانية أنها اليوم العاشر والحادى عشر، والثانى عشر مثلا من شهر كذا، ويستثنى نصّا ليبين الداخل من الأيام فى العقد الثانى من غير الداخل، هكذا ذكر الحاكم السمرقندى رحمه الله فى كتاب الشروط، وهذا إذا كتب ذكر الإجارة الثانية على حدة، أما إذا كتب فى الذكر الأول أو على ظهره، فذكر فيه سوى الأيام المستثناة المذكورة فيه يكفى لجواز الإجارة الثانية -والله أعلم بالصواب-.

(١) وفى ف "المسألة الثانية".

(٢) هكذا فى جميع النسخ، وكان فى اللأصل: "تحت العقد، فلو استأجر من غيره يبيت تلك الأيام".

نوع آخر:

اختلف المشايخ ممن يجوّز الإجارة الطويلة فى فصل، وهو أنه إذا كان بين أحد العاقدين بحيث لا يعيش إلى مدة ثلاثين سنة معه غالبًا، هل تصح هذه الإجارة، فبعضهم لم يجوّزوا ذلك، وممن لم يجوّز القاضى الإمام أبو عاصم العامرى رحمه الله، ووجهه أن الغالب ملحق بالمتيقن فى الأحكام، حتى يحكم بموت المقصود بموت أقرانه، فإإذا كان الظاهر والغالب أنه لا يعيش إلى هذه المدة، تيقنا بفساد العقد؛ لأن تلك المدة خرجت من الإجارة مجهولة، فتتمكن الجهالة فى الباقى، فلا يجوز؛ لأن منفعة الأرض فيما سوى مدة عمره لا تكون مملوكة له، فقد جمع بين المملوك وغيره، والمملوك مجهول، فلا يجوز هذا العقد.

ولأنه بمنزلة التأبيد فى الإجارة، كما ذكرنا، والتأقيت شرط وجوازها، والتأبيد يبطلها، أقصى ما فى الباب أن حياته إلى هذه المدة غير مستحيلة، ولكن قد ذكرنا أن فى الأحكام يعتبر الغالب والظاهر.

وبعضهم جوّزوا ذلك، وممن جوّز ذلك الخصّاف؛ لأن العبرة فى هذا الباب لصيغة كلا العاقدين، وأنه يقتضى التوقيت، فصح ذلك، ولا عبرة لموت أحد العاقدين قبل انتهاء المدة؛ لأن ذلك عسى يوجد فيما إذا كانت المدة مقدار ما يعيش الإنسان إليها غالبًا، ولا عبرة له.

ونظير هذا إذا تزوج امرأة إلى مائة سنة أن يكون متعة، ولا يكون نكاحًا صحيحًا فى الروايات الظاهرة عن أصحابنا، وإن كان لا يعيش إلى هذه المدة غالبًا، وجعل ذلك بمنزلة نكاح موقت، واعتبر ظاهر حياته فى الحال، وجعل ذلك بمنزلة الوقت اليسير.

وإنما فعلنا(١) كذلك لما ذكرنا أن الاعتبار للفظ، وأنه يقتضى التأقيت، فصار النكاح موقتًا، والنكاح الموقت باطل، وكان القاضى الإمام أبو على النسفى رحمه الله يقول: بأن مشايخنا رحمهم الله يترددون فى فصل النكاح فى مثل هذه الصورة بعضهم، قالوا: يجوز النكاح فى مثل هذه الصورة، ويجعل ذلك التأقيت بمنزلة التأبيد، وهكذا روى

---

(١) وفى م "جعلنا".

الحسن بن زياد عن أبى حنيفة رحمهما الله، فكأنهم قاسوا هذا على ما ذكر فى كتاب الطلاق فى باب الإيلاء إذا قال: والله لا أقربك إلى خروج الدجال، أو إلى طلوع الشمس من مغربها، فإن هناك لا يصير فى القياس موليًا، ويصير موليًا استحسانًا، ويجعل فى الاستحسان ذلك التأقيت بمنزلة التأبيد، كذا ههنا.

١٤١١٥-وإذا استأجر شيئًا إجارة طويلة صحيحة بدنانير دين موصوفة، فأعطاه مكان الدنانير دراهم، ثم تفاسخا العقد، فالآجر يطالب بالدنانير لا بالدراهم؛ لأن التعجيل مشروط فى الإجارة الطويلة، والأجرة تجب باشتراط التعجيل فى الإجارة الصحيحة، فإذا قبض مكان الدنانير دراهم، كانت هذه مصارفة بدين واجب، فيصح وصار المستأجر بإيفاء الدراهم موفيًا الدنانير.

ولو كان العقد فاسدًا، وباقى المسألة بحالها يطالب الأجر بإعطاء الدراهم؛ لأن الأجرة لا تملك باشتراط التعجيل فى الإجارة الفاسدة، فلم تصح المصارفة، فلا يصير المستأجر موفيًا الدنانير، فلا يجب على الآجر إيفاء الدنانير، وإذا آجر أرضًا، وفى الأرض زرع أو أشجار لا يجوز، وإن أراد الحيلة فى ذلك، فقد مر ذكره فى الفصل الخامس عشر من هذا الكتاب.

١٤١١٦-وإذا استأجر كرمًا لم يرَه، وقد كان باع صاحب الكرم الأشجار قبل الإجارة حتى صحت الإجارة، كان للمستأجر خيار الرؤية فى الكرم، ولو تصرف فى الكرم تصرف الملاك بطل خيار الرؤية، كما فى البيع، ولو أكل من ثمار الكرم، فقد قيل: لا يبطل خيار الرؤية؛ لأنه تصرف فى المشترى، وهو الثمار، لا فى المستأجر وهو الكرم، ولو قبل تبطل، فله وجه أيضًا.

١٤١١٧-وإذا قال لغيره: آجرتك دارى هذه، أو قال: أرضى هذه على أنك تفسخ العقد متى شئت، كانت الإجارة فاسدة؛ لأن مدة الخيار تزيد على ثلاثة أيام، وفى "فتاوى الفضلى": إذا آجر الرجل حانوته مشاهرة، ثم أجرة من غير إجارة طويلة، وأمر الآجر المستأجر إجارة طويلة أن يكون هو الذى يقبض الأجرة من الآجر مشاهرة، ثم مات الآجر بعد ذلك، والمستأجر إجارةً طويلةً، وهو الذى يقبض الأجرة، فما قبض، فهو له إلا أجر الشهر الذى وقعت الإجارة الأولى فيه؛ لأن الإجارة الثانية إنما تصح عند

الشهر الثانى، لأن بمجيئه تنفسخ الأولى.

ومعنى المسألة: أن الإجارة الأولى وقعت صحيحة، وأنها تمنع صحة الإجارة الثانية، ولكن للآجر حق الفسخ عند الشهر الثانى، وإقدامه على الإجارة الثانية دليل الفسخ، فانفسخ العقد الأول عند الشهر الثانى، وصحت الإجارة الطويلة، فإذا طلب المستأجر إجارة طويلة الأجر من المستأجر الأول، وأجابه المستأجر الأول إلى ذلك، فقد انعقد بين الأول وبين المستأجر إجارة طويلة إجارة جديدة مشاهرة، فهو معنى قوله: ما قبض المستأجر الثانى من الأجرة، فهى له إلا أجر الشهر الذى وقعت فيه الإجارة.

قال القاضى الإمام ركن الإسلام على السعدى رحمه الله: أراد بقوله: ما قبض المستأجر من الأجرة، فهى له ما قبض فى حال حياة الآجر؛ لأن بموت الآجر تنفسخ الإجارة، فما يأخذ بعد ذلك يأخذ بغير حق، فيلزمه رده على من أخذ منه.

١٤١١٨-وفى "الفتاوى الصغرى": إذا آجره داره من رجل إجارة طويلة، ثم آجر من آخر إجارة طويلة لا يجوز، ولا ينقلب جائزاً بعد ما انفسخت الأولى بفسخها، وأنه مشكل، وينبغى أن تكون المسألة على روايتين؛ لأن فى الإجارة الطويلة بعض العقود مضافة، وفى صحة فسخ الإجارة المضافة إليه روايتان، والإجارة الثانية دليل فسخ الإجارة الأولى كالبيع، فيجب أن يكون فى المسألة روايتان، كما فى البيع -والله أعلم بالصواب-.

الفصل الحادى والثلاثون
فى اللفيف

١٤١١٩-إذا استأجر الرجل داراً، ولم يسم ما يعمل فيها، يتصرف إلى السكنى، وليس له أن يعمل فيها عمل القصّارين والحدّادين، فإن عمل فانهدم، كان عليه الضمان، ولا أجر عليه، وإن سلم لا أجر عليه قياسًا، وعليه الأجر استحسانًا، والراعى إذا رعى فى مكان لم يؤذن له بالرعى فيه، فعطب الغنم، أو ما أشبه ذلك، فصار الراعى ضامنًا لما عطب، ولا أجر له، وإن سلمت الغنم، كان فى وجوب الأجر له قياسًا واستحسانًا على ما مر.

١٤١٢٠-وإذا استأجر ثوبًا ليلبسه مدة معلومة بأجر معلوم، ليس له أن يلبس غيره، فإن ألبس غيره فى ذلك الوقت إن هلك ضمنه الملبس، ولا أجر عليه، وإن سلم لا أجر عليه أيضًا.

وإذا استأجر دابة بعينها ليركبها إلى مكان معلوم بأجر معلوم، ليس له أن يركب غيره، فإن حمل عليها غيره ضمن، ولا أجر عليه، وإن ركب هو وحمل معه آخر، فسلمت فعليه الكراء كله، وإن عطبت بعد بلوغها ذلك المكان من ذلك الركوب، فعليه الأجر كله، وهو ضامن النصف قيمته.

١٤١٢١-وإذا استأجر دابة ليذهب فى مكان كذا، فذهب بها فى مكان آخر، وسلمت الدابة، أو هلكت، فلا أجر عليه، والأص فى جنس هذه المسائل أن استيفاء المعقود عليه يوجب الأجر على المستأجر، وعند استيفاء ما ليس بمعقود عليه إنما يجب الأجر على المستأجر إذا تمكن المستأجر من استيفاء ما هو معقود عليه، أما إذا لم يتمكن فلا، ألا ترى أن من استأجر من آخر ثوبًا بعينه ليلبسه، وغصب هذا المستأجر من هذا الآجر ثوبًا آخر، ثم إن المستأجر لبس الثوب المغصوب دون الثوب المستأجر، فإن كان متمكنًا من لبس الثوب المستأجر، بأن كان فى بيته، فإنه[1] يجب الأجر على المستأجر فى

(١) وكان فى الأصل "دخان" مكان "فإن".

الثوب المستأجر، وإن لم يكن متمكنًا، بأن غصب رجل الثوب المستأجر من المستأجر لا أجر على المستأجر أصلا لهذا؛ لأن فى الوجه الأول استوفى ما ليس بمعقود عليه، وهو منافع الثوب المغصوب مع تمكنه من استيفاء ما هو معقود عليه.

وفى الوجه الثاني: استوفى ما ليس بمعقود عليه مع عجزه عن استيفاء ما هو معقود عليه، ومتى استوفى ما هو معقود عليه وزيادة، فإن سلم العين يسقط اعتبار الزيادة، فيجب الأجر، ولا يجب الضمان، وإن هلك العين بسبب استيفاء تلك الزيادة إن صار المستأجر بسبب استيفاء الزيادة مستعملا كل العين، يجب ضمان كل العين، وإن صار مستعملا بعض العين، يجب ضمان البعض، وهل يجب الأجر، ففيما إذا وجب الضمان كل العين لا يجب شيء من الأجر، وفيما إذا وجب ضمان العين بقدر الزيادة، يجب كل الأجر، ومتى كان المستوفى مع ما دخل تحت العقد جنسًا واحدًا من حيث الاسم، إلا أن بينهما تفاوت، فإن كان تفاوتًا فاحشًا التحقا بجنسين مختلفين، ولا يعتبر معقودًا عليه، فباستيفاءه لا يجب الأجر، وإن كان التفاوت يسيرًا، لا يلتحقان بجنسين مختلفين، بل يعتبر الجنس واحدًا، ويكون التفاوت راجعا إلى الصفة، فإن لم يسلم يجب الضمان، ولايجب الأجر، وإن سلم يجب الأجر، ولا يجب الضمان.

إذا ثبت هذا جئنا إلى مسألة البيت، فنقول: المعقود عليه لما كان هو السكنى، فإذا سكن وعمل فيها عمل القصارين والحدادين، فقد استوفى ما هو معقود عليه، وهو سكناه إلا أنه استوفى زيادة شيء بسبب عمل القصارين والحدّادين، فإن سلمت الدار سقط اعتبار الزيادة، وإن هلك الدار، لا يجب الأمر، ويجب كل الضمان؛ لأنه باستيفاء هذه الزيادة صار مستعملا كل الدار، فيجب كل الضمان عند الهلاك، ولم يجب شيء من الأجر.

وأما مسألة الراعي: قلنا: إن الراعى فى هذا المكان والراعى فى المكان الذى أذن بالرعى فيه واحد اسمًا، إلا أن بينهما تفاوتًا، وهذا التفاوت يسير فى الرعى، ولهذا صحّت الإجارة على الرعى، وإن لم يبين المكان، فبقى الجنس واحدًا، فكان هذا اختلافًا فى الصفة، فإن الراعى فى بعض الأمكنة إنما يكون أجود، فلهذا كان كما قلنا.

وأما مسألة الثوب قلنا: التفاوت بين اللبسين تفاوت فاحش، فالتحقا بجنسين

مختلفين، وإنما جمعهما الاسم، والداخل تحت العقد لبسه، فكان لبس غيره باعتبار هذا التفاوت غير داخل تحت العقد، فكان هذا استيفاء ما ليس بمعقود عليه، وإن لم يكن المستأجر متمكنًا من استيفاء ما هو معقود عليه، وهو لبسه في المدة؛ لأن ذلك إنما يكون إذا لم يكن في يد غيره.

وكذلك الوجه فيما إذا استأجر دابة بعينها ليركب إلى مكان معلوم، فحمل عليها غيره، وفيما إذا استأجر دابة ليركب إلى مكان معلوم، فأردف غيره إلى ذلك المكان، وسلمت الدابة، فقد استوفى ما هو معقود عليه وزيادة، فإذا سلمت سقط اعتبار الزيادة، فيجب كل الأجر، وإن هلكت من الركوب بعد بلوغها إلى ذلك المكان، لم يسقط اعتبار الزيادة، فيجب الضمان، ولكن إنما يضمن نصف قيمته؛ لأنه باستيفاء الزيادة صار مستعملا بعض الدابة، وهو ما زاد على مقدار ركوب المستأجر، أما قدر ركوب المستأجر فهو داخل في الإجارة؛ لأن المعقود عليه هنا مقدّر بالركوب، لا بالمدة، فصار قدر ركوبه من هذه الدابة مستأجرًا، والبعض غير مستأجر، فصار باستيفاء هذه الزيادة مستعملا هذا القدر، فلهذا يجب عليه ضمان ذلك القدر، وإذا وجب ذلك القدر، وجب كل الأجر.

وفيما إذا استأجر دابة ليذهب في مكان كذا، فذهب بها في مكان آخر، فنقول: بين المكانين تفاوت فاحش في الركوب، فاعتبرا بجنسين مختلفين، فلم يكن الركوب في مكان آخر معقودًا عليه، واستيفاء غير المعقود عليه لا يوجب الأجر أصلا إذا لم يتمكن من استيفاء المعقود عليه في المكان الذي أضيف إليه العقد، وإذا ذهب بها في مكان آخر، فما يمكن استيفاء المعقود عليه في المكان الذي أضيف إلى العقد، فعلى هذا يخرج جنس هذه المسائل -والله أعلم بالصواب-.

الفصل الثانى والثلاثون
يقرب إلى المسائل التى هى فى معنى قفيز الطحان

إذا دفع إلى آخر بقرة بالعلف، ليكون الحادث بينهما نصفان، فالحادث كله لصاحب البقرة، وعليه أجر مثل عمل المدفوع إليه، وثمن العلف، وهذا لأن المدفوع إليه غير مبترع فيما صنع؛ لأنه إنما فعل ذلك رجاء أن يسلم له نصف الحادث، ولا يسلم له نصف الحادث ههنا لفساد العقد، لكون البدل مجهولا.

قال: فلو مضى على ذلك زمان، واتخذ المدفوع إليه بعض اللبن مصلا[1]، والبعض قائم فى يده، فما كان قائمًا من اللبن، فهو لمالك، وما اتخذه المدفوع إليه مصلا، فهو للمدفوع إليه، أو تقطع حق المالك عنه لتبدّل الاسم والمعنى، وعلى المدفوع إليه لصاحب البقرة مثل ذلك اللبن؛ أن اللبن مثلى، وما ذكر من انقطاع حق المالك عن المصل مشكل؛ لأن الاسم والمعنى وإن تبدلا، ولكن بصنع مأذون فى من جهة المالك.

١٤١٢٢-وعلى هذا إذا دفع الدجاجة إلى رجل ليكون البيضات بينهما، فلو أن المدفوع إليه دفع البقرة أو الدجاجة إلى رجل آخر بالنصف، فهلك فى يده، فالمدفوع إليه الأول ضامن؛ لأن العين أمانة فى يده، وليس للأمين أن يدفع الأمانة إلى غيره من غير ضرورة، فلو أن المدفوع إليه بعث البقرة إلى السرح، فلا ضمان لمكان العرف.

١٤١٢٣-وفى بيوع الفتاوى: امرأة أعطت بذر الفيلق إلى امرأة بالنصف، فقامت عليه حتى أدرك، فالفيلق لصاحب البذر؛ لأنه حدث من بذره، ولها على صاحب البذر قيمة الورق[2] وأجر مثلها.

وفى إجارات الفتاوى: إذا دفعت بذر الفيلق إلى أختها وأخيها على أن الفيلق بينهم أثلاثًا، فلما خرج الدوده قالا: إن أكثرها قد هلك، فقال لهما: ادفعا إلىّ ثمن

---

(١) مصَلَ اللبن مَصْلا، وضع اللبن فى وعاء خوص أو خرق أو نحوه حتى يقطر ماءه.

(٢) وفى م "الدودة" مكان "الورق".

البذر وأنا منه برىء، وهما كاذبان، فقد خرج الفيلق كله، فالفيلق كله لها، ولهما عليها قيمة ورق الفرصاد، وإن كان له قيمة، وأجر مثل عملهما فى ذلك.

١٤١٢٤ -وفى مضاربة "فتاوى أبى الليث رحمه الله": إذا دفعت إلى امرأة دودًا لتقوم عليها بنفقتها على أن الفيلق بينما نصفان، فهو بمنزلة المضاربة، وكل الفيلق لصاحب الدود، وعليها أجر مثل العاملة وثمن الأوراق.

١٤١٢٥ -ولو غصب من آخر دود القز، أو بيض الدجاجة، فأمسكها حتى خرج الفيلق والفرخ، لمن يكون الفرخ والفيلق، حكى عن شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله أنه قال: إن أخرج بنفسه فهو لصاحبه، والحيلة فى جنس[1] هذه المسائل أن يبيع صاحب البيضة نصف البيضة، وصاحب الدجاجة والبقرة نصف الدجاجة والبقرة من المدفوع إليه، ويبرئه عن ثمن ما اشترى، فيكون بينهما.

١٤١٢٦ -رجل له غريم فى مصر آخر، قال لرجل: اذهب إليه وطالب بالدين الذى لى عليه وهو كذا، فإن قبضته، فلك عشرة من ذلك، ففعل فله أجر المثل؛ لأن هذا فى معنى قفيز الطحان، فلم يصح هذا العقد، وقد استوفى منافعه بحكم هذا العقد، فيجب أجر المثل -والله أعلم بالصواب-.

(١) هكذا فى الأصل وم، وكان فى ط، ف "حبس".

الفصل الثالث والثلاثون
فى الاستصناع

قد ذكرنا فى كتاب البيوع كيفية الاستصناع، وصفته، وما يجوز فيه، وما لايجوز، ولم يذكر ثمة المسائل، فتذكرها ههنا، ومحمد رحمه الله أورد باب الاستصناع فى البيوع والإجارات، فنحن فعلنا، هكذا أيضًا اتباعًا له.

والاستصناع أن يكون العين والعمل من الصانع، فأما إذا كان العين من المستصنع لا من الصانع تكون إجارة، ولا يكون استصناعًا، قال محمد رحمه الله: إذا أسلم الرجل إلى حائك فى ثوب من قطن بنسجه له، وسمّى عرضه، وطوله وجنسه، ورقعته[1] والغزل من الحائك حتى كان استصناعًا، فالقياس أن يجوز؛ لأنه استصناع فى عمل معلوم ببدل معلوم، فيجوز، كما فى الخفاف والأوانى، ولكن أستحسن، وقال: لا يجوز؛ لأن جواز الاستصناع بخلاف القياس؛ لأنه بيع المعدوم، ولكن جوز لتعامل الناس ولا تعامل فى الثياب، فبقى على أصل القياس، وإن ضرب لذلك أجلا يصير سلمًا، ذكر المسألة فى كتاب الإجارات من غير ذكر خلاف.

وذكر فى كتاب البيوع من شرح شيخ الإسلام رحمه الله: أن الاستصناع فيما للناس فى تعامل يصير سلمًا بضرب الأجل فى قول أبى حنيفة رحمه الله وعندهما: لا يصير سلمًا، وفيما لا تعامل للناس فيه نحو الثياب يصير سلمًا بضرب الأجل بالإجماع، وفى "القدورى": وكان ضرب فى الاستصناع أجلا، فهو بمنزلة السلم يحتاج فيه إلى قبض البدل فى المجلس، ولا خيار لواحد منهما فى قول أبى حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: ليس بسلم من غير فصل بينما للناس فيه تعامل، وبينما لا تعامل لهم فيه، فذكر المسألة فى كتاب الإجارات من غير خلاف يؤيد ما ذكره شيخ الإسلام رحمه الله فى شرح كتاب البيوع أن فيما لا تعامل فيه يصير الاستصناع سلمًا

---

(١) هكذا فى بقية النسخ، وكان فى الأصل "وجنسه ورقعته يكون إجارة، ولا يكون استصناعًا، فالقياس أن لا يجوز؛ لأن استصناع. . . إلخ".

بضرب الأجل بالإجماع .

١٤١٢٧-قال محمد رحمه الله : وإذا دفع حديداً إلى حداد ليصنعه إناء سمّاه بأجر مسمّى، فجاء به الحداد على ما أمره به صاحب الحديد، فإنه لا خيار لصاحب الحديد، ويجبر على القبول، ولو خالفه فيما أمر به، فإن خالفه من حيث الجنس، بأن أمر بأن يصنع له قدومًا، فصنع له مرّا، ضمن حديداً مثل حديده، والمِر[1] له، ولا خيار لصاحب الحديد، فإن خالفه من حيث الوصف، بأن أمره أن يصنع له منه قدومًا يصلح للتجارة، فصنع له منه قدومًا يصلح لكسره الحطب، فصاحب الحديد بالخيار، إن شاء ضمنه حديداً مثل حديده، وترك القدوم عليه، ولا أجر، وإن شاء أخذ القدوم، وأعطاه الأجر، وكذلك الحكم في كل ما يسلمه إلى عامل ليصنع منه شيئًا سماة، كالجلد يسلمه إلى الإسكاف ليصنعه جفين أو أشبهه .

١٤١٢٨-رجل سلّم غزلا إلى حائك لينسجه وأمره أن يزيد في الغزل رطلا من غزله، فهذا على أربعة أوجه: الأول: أن يقول: أقرضني رطلا من غزلك على أن أعطيك مثله، وأمر أن ينسج منه ثوبًا على صفة معلومة بأجرة معلومة، وأنه جائز استحسانًا، سواء كان الاستقراض مشروطًا في عقد الإجارة أو لم يكن، والقياس فيما إذا كان الاستقراض مشروطًا في عقد الإجارة أن لا تجوز الإجارة؛ لأن هذه إجارة شرط فيها ما لا يقتضيه العقد، ولأحد المتعاقدين فيه منفعة، ولكن تركنا القياس المتعارف للتعامل، فإن العرف جارٍ فيما بين الناس أنهم يدفعون غزلا، ويأمرون الحائك بنسج ثوب مقدر، ولا يفي الغزل للثوب المأمور به، ويشترطون قرض ما يتم به الثوب من عند الحائك، فهذا شرط متعامل فيما بين الناس من غير نكير، فيجوز، ويترك القياس لأجله، كما ترك القياس في الاستصناع للتعامل، وترك القياس فيما إذا اشترى نعلا على أن يشترك البائع ويحذوه، كان الشراء جائزًا، وإن شرط فيما اشترى أجرًا وإجاره؛ لأنه شرط متعارف فيما بين الناس، فكذلك هذا .

وأما الوجه الثاني إذا قال: زدني رطلا من غزلك على أن أعطيك غزلا مثل غزلك، وأنه جائز، ويكون قرضًا .

---

(١) هكذا في ظ، وكان في ف، م "ولا إناء له" مكان "والمر له" .

الوجه الثالث: أن يقول زدنى غزلا وسكت، وأنه يجوز أيضًا، ويكون قرضًا، وإنما جعل قرضًا فيما إذا قال: على أن أعطيك مثل غزلك؛ لأنه وإن احتمل البيع يحتمل القرض، فكان حمله على الفرض حتى لا يصير بائعًا ما ليس عنده أولى من حمله على البيع، ويصير بائعًا ما ليس عنده، وأنه منهى عنه شرعًا، وأما ذا سكت إنما جعل قرضًا وإن احتمل الهبة؛ لأنه كما يحتمل الهبة يحتمل القرض، والقرض أقل التبرعين؛ لأنه لتميك المنفعة دون العين على ما عرف، والهبة لتميك العين والمنفعة جميعًا، فكان الأقل متيقنًا، فكان الأقل أولى بالإثبات.

ثم إن لم يكن مشروطًا فى عقد الإجارة جازت الإجارة قياسًا واستحسانًا، وإن كان مشروطًا، فالمسألة على القياس والاستحسان الذى ذكرنا، فإن وقع الاختلاف بين رب الثوب وبين الحائك بعد ما فرغ الحائك من العمل، فقال رب الثوب: لم تزد فيه شيئًا، وقال الحائك: لا، بل زدت والثوب مستهلك، فإن باعه صاحبه قبل أن يعلم وزنه، فالقول قول رب الثوب مع يمينه، وعلى الحائك البينة، فإن نكل رب الثوب عن اليمين ثبت ما ادعاه الحائك، فيلزم رب الثوب ذلك، وإن حلف برئ عما ادعاه الحائك، وإن كان الثوب قائمًا، سيأتى الكلام فيه بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

الوجه الرابع: أن يقول: زد رطلا من غزلك على أن أعطيك ثمن الغزل، وأجر عملك كذا درهمًا، فالقياس أن لا يجوز، وفى الاستحسان يجوز، وتجىء للقياس طرق ثلاثة إن كان شرى الغزل مشروطًا فى الإجارة إحداها أنه باع ما ليس عنده لا على وجه السلم، فيكون فاسدًا.

والثانى: أنه شرط بيعًا فى إجارة، وهذا يوجب فساد الإجارة، كما فى إجارة الدار، والثالث: أنه استصنع فى حق الزيادة؛ لأن العمل والعين من الحائك، والاستصناع فى الثياب لا يجوز، كما لو استصنع فى أصل الثوب، وإن لم يكن مشروطًا، فلا يجوز قياسًا لعلتين: إحداهما: وهو أن باع ما ليس عنده، وبيع ما ليس عند الإنسان لا يجوز إلا سلمًا، ولم يوجد، ولأنه استصناع فى حق الزيادة والاستصناع فى الثياب لا يجوز، إلا أنه فى الاستحسان يجوز لتعامل الناس، فإن الإنسان قد يدفع غزلا إلى حائك، ويأمر بنسج الثوب، ويعلم أنه لايكفى الغزل المدفوع للثوب المأمور

به ، فيشترط عليه زيادة غزل على سبيل الشراء ، أو يدفع غزلا وعنده أنه يفى هذا الغزل ، فنقص الغزل عن القدر المأمور به ، ولا يجد رب الثوب غزلا مثله ، فيقول للحائك : زد فيه غزلا من عندك على أن أعطيك ثمنه ، فإذا كان كلا الأمرين متعارفًا فيما بين الناس ، ترك القياس فيهما ، وخصّ به الأثر ، وهو النهى الوارد عن بيع ما ليس عنده .

وإذا جاز هذا فإن اختلفا بعد الفراغ من الثوب ، فقال رب الثوب : لم تزد شيئًا ، وقال الحائك : زدت فيه ما أمرتنى ، فهذا على وجهين أيضًا ، فإن كان مستهلكًا ذكر أن القول قول رب الثوب مع يمينه على علمه ؛ لأنهما تنازعا فى شىء ، ولم يكن معرفة ما وقع التنازع فيه من جهة غيرهما ، فيعتبر فيه الدعوى والإنكار ، والحائك يدعى على صاحب الغزل زيادة ثمن الغزل ، وزيادة الأجر ، ورب الثوب ينكر ، فيكون القول قوله مع يمينه على عمله[1] ؛ لأنه يحلف على فعل الغير ، فيحلف على العلم ، فإن نكل عن اليمين ثبت الزيادة ، فكان عليه جميع ما سمّى للحائك بعضه بإزاء العمل ، وبعضه ثمن الغزل ؛ لأن ما ادعاه الحائك ثبت بنكول رب الثوب ، فكان كالثابت بإقراره .

وإن حلف ولم يثبت الزيادة ، ذكر محمد رحمه الله فى الكتاب : أنه يطرح عنه ثمن الغزل ، ويلزمه أجر الثوب ؛ لأنه لم يثبت الزيادة من عند الحائك ؛ لما حلف رب الثمن ، فلايكون له ثمن الغزل ، فيطرح عنه ما يخص الغزل ، ومعرفة ذلك أن يقسم المسمّى على أجر مثل عمل فيما أمر به ، وذلك عمله فى من ونصف ، وعلى قيمة الغزل المشروط على الحائك ؛ لأنه قابل المسمّى بالغزل ، وبالعمل فى من ونصف ؛ لأن منا من غزل أعطاه المستأجر ونصف من اشترى منه ، فيطرح عنه ثمنه ، وما أصاب العمل ، وهو أجر الثوب يلزمه حتى إنه إن كان المسمّى مثلا ثلاثة دراهم بإزاء الغزل ، وبإزاء العمل ، وقيمة الغزل درهم ، وأجر مثل عمله فيما أمر به درهمان من المسمّى يطرح عنه درهم ثمن[2] الغزل ، ويقسم ما بقى من المسمّى على أجر مثل عمله فيما عمل ، وفيما لم يعمل ؛ لأنه جعل الأجر بإزاء عمله فيما دفع إليه من الغزل ، وفيما أمره بالزيادة ، ولم يوفَ العمل فيما أمره بالزيادة ، فلا بد أن يطرح عنه حصة ذلك من الأجر .

---

(١) هكذا فى ظ ، ف وكان فى الأصل وم : "على أنه عمله" .

(٢) وكان فى الأصل "من" مكان "ثمن" .

وكيف يتعرف حصة ما لم يعمل فى الزيادة من الأجر مما عمل، اختلف فيه المشايخ رحمهم الله، قال بعضهم: يتعرف باعتبار الوزن إن كان ما دفع إليه منا من غزل، وما شرط عليه نصف من يقسم الباقى من المسمّى بعد ثمن الغزل، وذلك درهمان عليهما أثلاثًا، ثلثاه بإزاء ما عمل، وثلثه بإزاء ما لم يعمل، فيطرح عنه الثلث، ولا يعتبر السهولة والصعوبة فى العمل بسبب صغر الثوب وكبره، كما فى المراحل إذا ماتت الدابة المستأجرة، وفى وسط الطريق، فإنه يطرح بعض الأجر، ويبقى البعض، ثم يتعرف قدر الساقط من القائم باعتبار قدر المراحل، لا عبرة فيها للسهولة والصعوبة، وكذلك هذا.

وقال بعضهم: بأنه يتعرف قدر الساقط من القائم باعتبار السهولة والصعوبة فى العمل بسبب صغر الثوب وكبره، وهذا لأن العمل قد يسهل على الحائك بطول الثوب، ويصعب بقصره، فإنه متى قصر يحتاج إلى الوصل، وإلى عمل الدقيق مراراً، ومتى طال يحتاج إلى ذلك مرة واحدة، وهذا التفاوت معتبر فيما بين العملة من هذه الصناعة فى زيادة الأجر بسبب صغر الثوب ونقصانها بسبب الكبر، فلا بد[1] من اعتبارهما، وإذا وجب اعتبارهما يجب أن يقسم الباقى من المسمّى، وذلك درهمان على أجر مثل عمله فى من وأجر مثل عمل فى من ونصف، فإن كان أجر مثل عمله فى من ونصف درهمان ونصف، وفى من درهمان يكون بإزاء الزيادة نصف درهم، فيطرح عنه من درهمين نصف درهم حصة ما لم يعمل، بخلاف المراحل؛ لأن الصعوبة والسهولة فى المراحل ساقط الاعتبار فيما بين أهلها إذا اشتمل السفر على الماحل السهل والصعب، فلهذا وجب قدر المراحل فى قسمة الأجر، بخلاف ما نحن فيه؛ لأن التفاوت فى القصر والكبر معتبرة فى التفاوت فى الأجرة، فلا بد من اعتبارها.

اللّهم إلا أن يكون التفاوت بين القصير والطويل بذرع أو بذرعين، حينئذٍ لايكون لذا التفاوت عبرة فى زيادة الأجر ونقصانه، ولم يذكر محمد رحمه الله أن صاحب الثوب يخيّر، وإنما لم يذكر الخيار، وإن خالفه الحائك فى صفة ما أمر به؛ لأنه متى نسج الثوب من من ونصف يكون أطول مما إذا نسجه من منّ واحد، والطول فى الثياب صفة مرغوبة كالصفاقة والرقة؛ لأن الطويل يصلح لنوع لايصلح له القصير، إلا أن التخيّر غير ممكن

(١) وفى م "فلا بد من يد اعتبارهما" وفى الأصل "فلا بد من جد اعتبارهما".

بعد هلاك الثوب؛ لأنه لا يمكنه ترك الثوب عليه حتى يضمن غزلا مثل غزله، فتعين وجوب الأجر.

ثم ما ذا يجب أجر المثل أو المسمّى؟ فعلى قول بعضهم أجر المثل لا يجاوز حصة من المسمّى، وعلى قول بعضهم إن رضى بالعيب، فعليه المسمّى بحساب ذلك، وإن لم يرضَ بالعيب، فعليه أجر مثل العمل، لا يجاوز [به][1] حصته من المسمّى، كما قلنا: فيما تقدم من المسائل.

ومحمد رحمه الله ذكر الأجر فى هذه المسألة مطلقًا، ولم يقل: المسمّى، فيجب تخريجها على حسب ما ذكرنا فى المسألة الأولى، فأما إذا كان قائمًا إن كان لا يعرف مقدار ما دفع إليه صاحب الغزل، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا كان هالكًا من أوله إلى آخره؛ لأنه تعذر معرفة ما وقع التنازع فيه من حيث الوزن، وإن كان الثوب قائمًا، فكان الجواب فيه كالجواب فيما إذا كان الثوب مستهلكًا فى جميع ما ذكرنا إلا فى حكم واحد، وهو أنه متى حلف ولم يثبت الزيادة له أن يترك الثوب عليه، ويضمن غزلا مثل غزله، فأما ما عدا ذلك فالجواب فيه كالجواب فيما إذا كان مستهلكًا، فأما إذا كان الثوب قائمًا، وقد عرف مقدار ما دفع إليه من الغزل بأن تصادقا على أن ما دفع إليه من إذا كان الثوب قائمًا، فإنه يوزن الثوب؛ لأن معرفة ما وقع التنازع فيه ممكن من حيث العيان بالوزن؛ لأن ما دفع إليه إذا كان معروفًا يعرف الزيادة من حيث الوزن، فلا يلتفت إلى قول واحد منهما، بل يوزن الثوب، فإن وزن فإذا هو من واحد لم يثبت الزيادة بيقين، فيكون القول قول صاحب الثوب من غير يمين، وإن كان منوين، فالقول قول الحائك إن لم يدع رب الثوب أن الزيادة من الدقيق؛ لأن الزيادة تثبت بتصديق صاحب الثوب، وإن ادعى أن الزيادة من الدقيق، فإنه يرى أهل البصر من تلك الصناعة، فإن قالوا: قد يزيد الدقيق مثل هذا، فالقول قول صاحب الثوب مع يمينه؛ لأن الظاهر صار شاهدًا لرب الثوب، لما قال أهل تلك الصناعة: إن الدقيق يزيد هذا القدر إلا أنه يجعل القول قوله مع اليمين؛ لأن اللزيادة لم بثبت بيقين أنه من الدقيق، وإنما يثبت بنوع من الظاهر، وإن قالوا الدقيق لا يزيد هذا القدر صار الظاهر شاهدًا للحائك، فيكون القول قوله، لكن مع اليمين؛ لأنه

---

(١) زيد من م.

لم يثبت بيقين الزيادة بسبب الغزل، وإنما يثبت بنوع من الظاهر، فجعل القول قوله مع اليمين.

١٤١٢٩-قال: ولو أن رجلا دفع سمسما إلى رجل، فقال: أقشره وربّه بنفسج، واعصره على أن أعطيك أجرك درهمًا، كان هذا فاسدًا؛ لأنه استأجره لعمل مجهول؛ لأنه استأجره لتربية السمسمة بالبنفسج، وقدر ما يربى به السمسم من البنفسج مجهول، قد يقل وقد يكثر، فيكون العمل مجهولا، وجهالة العمل توجب الفساد إلا أن يكون قدر ما يربى به مثل هذا السمسم من البنفسج معروفًا فيما بين الناس، فحينئذٍ يكون جائزًا؛ لأن المعروف كالمشروط، كما في نقد البلد، فيكون العمل معلومًا، وقد استأجر لما يصح أجرًا.

فرق بين هذا وبينما إذا دفع ثوبًا إلى صبّاغ ليصبغ بعصفر، كانت الإجارة جائزة، وإن لم يبين قدر العصفر، وهنا قال: لا يجوز الإجارة إذا لم يبين قدر البنفسج.

ووجه الفرق بينهما من وجهين: الأول: وهو أن قدر ما يصبغ به مثل هذا الثوب من الصبغ معروف فيما بين الصباغين، بحيث لو زادوا على ذلك المقدار فسد الثوب، والمعروف كالمشروط، ولو كان قدر العصفر مشروطًا جازت الإجاة؛ لأن العمل معلوم، وهنا ليس لمثل هذا السمسم مقدار معروف من البنفسج بين أهل الصنعة بحيث لا يزاد عليه، فإنه كلما ازداد البنفسج يزداد السمسم حيزاً حتى وكان معروفًا فيما بين التجار بحيث لا يزاد عليه، جاز أيضًا؛ لأن المعروف كالمشروط.

والثاني: أن العرف والمتعامل فيما بين الصباغين أنهم يجمعون الثياب من الناس، ويصبغون الكل بدفعة واحدة في وعاء واحد، ولا يفرّدون ثوب كل واحد من الناس بالصبغ على حدة، فلو شرطنا لجواز هذا العقد بيان مقدار العُصفر، ولايتهيؤ للصبّاغ الامتثال بذلك إلا بعد أن يفرد كل ثوب بالصبغ على حدة، ضاق الأمر عليهم، وما ضاق على الناس اتسع حكمه، هذا التعامل معدوم في تربية السمسم؛ لأنهم يفردون سمسم كل رجل على حدة في التربية، ولا يخلطون سمسم هذا بسمسم الآخر، ومتى خلطوا ضمنوا؛ لأنه يتهيؤ لهم التمييز، فلو شرطنا بيان مقدار البنفسج لكل سمسم لا يؤدي إلى أن يضيق الأمر عليهم، فأخذنا في البنفسج بالقياس.

١٤١٣٠-قال : وإذا دفع الرجل جلدًا إلى الإسكاف ، واستأجر بأجر مسمّى على أن يخرز له خفين ، وسمّى له المقدار والصفة على أن ينعل الإسكاف ، ويبطنه من عنده ، ووصف له البطانة والنعل ، فهو جائز استحسانًا ، والقياس أن لا يجوز ، ووجه القياس فى ذلك أن هذا إجارة شرط فيها شراء ، فتفسد كما لو استأجر دارًا أو شرط فيها شراء ، ولأنه صار مشتريًا ما ليس عنده ، لا على وجه السلم ، وشراء ما ليس عند الإنسان لا يجوز إلا سلمًا ، وكان بمنزلة ما لو دفع ثوبًا إلى خيّاط ليخيط له جبة على أن يحشوه ويبطنه من عنده بأجر مسمّى ، فإنه لا يجوز ؛ لما ذكرنا ، فكذا هذا ، ذكر محمد رحمه الله مسألة الجبة فى "الأصل" على هذا الوجه إلا أنه ترك هذا القياس فى باب الخف للتعامل ، ولا تعامل فى فصل الخيّاط ، فيرد فضل الخياط إلى ما يقتضيه القياس .

١٤١٣١-وفى "المنتقى" إبراهيم عن محمد رحمه الله : رجل دفع إلى خياط ظهارة ، وقال : بطنها لى من عندك ، فهو جائز ، وقاس على ما إذا اشترى خفًا ، وقال للبائع : أنعله بنعل من عندك ، فصار فى المسألة روايتان .

ولو دفع إليه بطانة ، وقال : ظهّرها لى من عندك ، فهو فاسد باتفاق الروايات ، ثم إن محمدًا رحمه الله جوّز هذا التصرف وإن لم يرَ صاحب الجلد النعل والبطانة ، وصرفه إلى نعل وبطانة يليق بتلك الخف .

١٤١٣٢-وكذا إذا أمر الرجل إسكافًا أن يخرز على خفيه مكعبيه أربع قطع من صرم بكذا ، ولم يرَ الرجل القطع ، فهو جائز استحسانًا ، وكذا ترقيع الخرق فى الخفاف يجوز من غير أن يرى الإسكاف الرقاع .

وفى "نوادر ابن سماعة" : شرط الإراءة فى النعل ، وهكذا ذكر فى القطع الأربع ، وهكذا فى ترقيع الخرق ، فإذا فى الخف ينعل ، وفى النعل نحصف روايتان ، وإذا جازت هذه الإجارة استحسانًا ، فإذا عمل الإسكاف وأتى به ، إن كان عمل مقاربًا صالحًا لا فساد فيه ، أجبر صاحب الجلد عى القبول ، ولم يكن له خيار ، فقد اعتبر المقارنة للزوم لا حقيقة الموافقة من كل وجه ؛ لأن اشتراط الموافقة من كل وجه بين المسمّى فى الذمة وبين ما عيّن الأجير غير ممكن ؛ لأنه لا بد من أدنى تفاوت يقع بين الموصوف فى الذمة وبين العين ، فسقط اعتبار الموافقة من كل وجه للزوم ، وقامت المقاربة مقام الموافقة من كل

وجه، كما فى السلم لا يشترط الموافقة بين المسمّى فى الذمة وبين العين اللزوم.

وإنما يشترط المقاربة؛ لأن الموافقة من كل وجه غير ممكن، فكذلك هذا، وليس لصاحب الجلد خيار الرؤية، لا فى حق العمل، ولا فى حق النعل، فى حق العمل لا إشكال؛ لأن العمل كان واجبًا فى ذمة الأجير، وما ثبت فى الذمة لا يثبت فيه خيار الرؤية، كما فى السلم، ولا يثبت فى حق النعل، وإن صار مشتريًا للنعل لا على وجه السلم لوجهين: أحدهما: أن شراء النعل إنما جاز تبعًا للإجارة، فإنه مشروط فى الإجارة، فيكون تبعًا، وحكم التبع لا يفارق حكم المتبوع، فإذا لم يثبت فى الإجارة خيار الرؤية لما ذكرنا، لم يثبت فيما صار تبعًا للإجارة.

والثانى: أن العمل بخيار الرؤية غير ممكن؛ لأن العمل بخيار الرؤية أن يرد ما اشترى من غير زيادة ضرر يحق أحدهما، وهنا لا يمكن رد ما اشترى إلا بزيادة ضرر يلحق أحدهما، فإنه متى رد النعل وحده يحتاج فيه إلى بعض الصنعة، وإذا رد مع الخف يضمن الإسكاف قيمة الخف، وكل ذلك ضرر بالإسكاف.

هذا إذا عمل عملا مقاربًا[١] صالحًا، فأما إذا أفسد[٢] بأن خالف فى صفة ما أمر به، ذكر أن صاحب الجلد بالخيار، إن شاء ترك الخف عليه، وضمنه قيمة جلده، وإن شاء أخذ الخف، وأعطاه الأجر، وإنما يخير لما ذكرنا أن العامل موافق من وجه مخالف من وجه، فإن شاء مال إلى الخلاف وضمن، وإن شاء مال إلى الوفاق، وأخذ الخف، فإن ترك الخف عليه وضمنه، فلا أجر عليه؛ لأن العمل حصل للعامل متى ترك الخف عليه، فلا يكون عليه أجر، وإن مال على الوفاق، وأخذ الخف، فإنه يعطيه أجر مثل عمله فى خرز الخف غير منعل، ثم بعد ذلك يعطيه قيمة ما زاد النعل فيه، فقد اعتبر فى خرز الخفّ أجر مثل عليه؛ لأن الثابت فى خرز الخف إجارة محضة، وفى الإجارة المحضة، متى تعذر إيجاب المسمّى يجب أجر المثل، ولا يجب ما زاد العمل فيه، وفى النعل عمل، وعين ما اتصل ملك صاحب الخف، وفى مثل هذا يجب قيمة ما زاد، كما فى الصبغ إذا حصل بحكم الغصب، واختار المالك أخذ الثوب، فإن صاحب الثوب يضمن قيمة ما

---

(١) وفى م: مقارنًا.

(٢) هكذا فى ظ، وكان فى الأص وف "إذا فسد".

زاد الصبغ فيه ، فلهذا اعتبر أجر مثل عمله فى خرز الخفّ وحق النعل اعتبر قيمة ما زاد ومعرفة قيمة ما زاد النعل فى أن ينظر إلى قيمة الخف مخرزًا غير منعل ومبطن ، وإلى قيمته منعلا مبطنًا ، فإن كان قيمته غير منعل ، ولا مبطن عشرة ، وقيمته منعلا اثنى عشر ، علم أن قيمة ما زاد فيه درهمًا ، فيكون درهمان قدر ما زاد النعل فيه ، ثم ينظر إلى أجر مثل عمله فى خرز الخف غير منعل ومبطن ، فإن كان ثلاثة مثلا يضم إلى قيمة ما زاد ، فيصير خمسة ، ثم يقابل بالمسمّى ، فإن كان خمسة مثل المسمّى ، أو أقل من المسمّى ، فللإسكاف ذلك .

وإن كان المسمّى أقل من خمسة بأن كان المسمّى أربعة ، فإنه يعطى له أربعة ؛ لأنه إبراءه عن الزيادة على أربعة لما رضى بأربعة ، وإذا اعتبر قيمة ما زاد النعل ، والبطانة فى لا يعتبر أجر مثل عمله فى حرز النعل ؛ لأن أجر عمله فى حرز النعل قد اعتبر ؛ لما اعتبرنا قيمة ما زاد النعل فيه ؛ لأن قيمة ما زاد النعل أن يعتبر الخف منعلا ومبطنًا وغير منعل ، وإنما صار منعلا بالعمل والنعل ، فيكون قدر ما زاد النعل قيمة العمل والنعل ، فمتى أوجبنا أجر مثل عمله فى خرز النعل لاستحق[1] أجر مثل عمله مرتين ، وفرق بين هذه المسألة ، وبينما إذا دفع خفّا محرزًا إلى إسكاف لينعله بنعل من عنده بأجر معلوم حتى جازت الإجارة استحسانًا للتعامل ، فنعله بنعل لاينعل له الخفاف حتى أفسد الخف بذلك ثبت لصاحب الخف الخيار ، كما فى هذه المسألة واختار الأخذ ، فإنه يعطيه أجر مثل عمله ، وقيمة ما اتصل به من النعل مزايلا غير محرز ، لايجاوز به ما سمّى ، وههنا أوجب مع أجر المثل قيمة ما زاد العمل فيه ، ولم يرجب على قيمة النعل والبطانة مزايلا غير محرز ، والمتصل بخفه[2] للإسكاف فى الموضعين عين مال وعمل .

ثم فى أحد الموضعين أوجب قيمة ما زاد النعل فيه ، وفى الموضع الآخر أوجب قيمة النعل مزايلا غير محرز من مشايخنا رحمهم الله من قال : لا فرق بين المسألتين ما ذكر فى تلك المسألة يكون ذكرًا فى هذه المسألة أن صاحب الخف إذا أراد أن يعطيه أجر مثل عمله فى خرز الخف والنعل والبطانة ، ثم قيمة النعل والبطانة مزايلا ، فله ذلك كما فى

---

(١) هكذا فى ظ ، وكان فى الأصل وم : لا ينقص .

(٢) هكذا فى ظ ، وكان فى الأصل "بحصة" وفى م : "بحقه" .

تلك المسألة، وذلك لأن للصانع فى الخف فى المسألتين شيئان عين مال وعمل، فإن شاء صاحب الخف أعطاه أجر مثل عمله فى الخف، وقيمة العين مزايلا غير محرز، وإن شاء أعطاه مع أجر مثل عمله فى الخف، ومع قيمة العين ما زاد العمل فيه فى الموضعين جميعًا.

ومنهم من فرّق، وقال فى مسألتنا: أمكن إيجاب قيمة ما زاد النعل والبطانة فيه؛ لأن فى النعل والبطانة أوجب زيادة فى الخف، وفى تلك المسألة لم يكن إيجاب قيمة ما زاد النعل فيه؛ لأن نعل الخف بما لا ينعل به الخفاف يوجب فسادًا فى الخف، ولا يوجب زيادة فى الخف.

وإذا تعذر إيجاب ما زاد العمل فيه، وجب قيمة النعل مزايلا غير مخرز، قياس هذه المسألة من تلك المسألة أن لو شرط عليه نعلا جيدًا، فخرز بنعل غير جيد، ولكن ينعل بمثله، وهناك صاحب الخف إذا اختار الأخذ، يعطيه أجر مثل عمله، وقيمة ما زاد فيه، لا يجاوز به ما سمّى، كما فى هذه المسألة؛ لأن ما فعله الإسكاف أوجب زيادة فى الخف، فأمكن إيجاب قيمة ما زاد العمل فيه، كما فى هذه المسألة.

قال محمد رحمه الله فى المسألتين جميعًا: لا يجاوز به ما سمّى، فمن مشايخنا رحمهم الله من قال: أراد بقوله: لا يجاوز به ما سمّى فيما يخص العمل، فأما ما يخص النعل، فإنه يجب بالغًا ما بلغ، وذلك لأن ما يخص العمل إجارة، وفى الإجارة متى وجب أجر المثل لايجاوز به المسمّى، وما يخص النعل بدل عين، ومتى وجب قيمة العين، فإنه يجب بالغًا ما بلغ، كما فى الشراء الفاسد.

ومنهم من قال: بأنه لا يجاوز به ما سمّى فى حق النعل والعمل جميعًا، وإنما كان كذلك وذلك لأن ما يخص النعل إذا كان بدل من حيث الصورة والحقيقة، فهو بدل منفعة حكمًا؛ لأن العين إنما ملك تبعًا للإجارة، ولهذا لم يثبت فيه خيار الرؤية، وجاز وإن لم يكن عنده تبعًا للإجارة.

١٤١٣٣-وفرّق محمد رحمه الله بين هذه المسألة وبين مسألة الصبغ، فإنه قال: إذا دفع الثوب إلى صبّاغ ليصبغه بعصفر من عنده، فصبغه بما سمّى إلا أنه خالف فى صفته ما أمره، بأن أشبع أو قصر فى الإشباع حتى تعيب الثوب، قال صاحب الثوب: بالخيار،

إن شاء ترك الثوب عليه وضمنه قيمته أبيض، وإن شاء أخذ الثوب، وأعطاه أجر مثل عمله، لا يجاوز به ما سمّى، ولم يقل: يعطيه قيمة ما زاد الصبغ فيه، كما قال فى مسألة الخف: يعطيه فى ما زاد النعل فيه، والعمل فى الموضعين حصل بحكم العقد، والصانع فى الموضعين جميعًا موافق من وجه مخالف من وجه فى أصل العمل موافق، وفى وصفه[1] مخالف، ثم قال فى الصبغ: يعطيه أجر مثل عمله، ولم يوجب قيمة ما زاد الصبغ، وفى النعل أوجب قيمة ما زاد النعل فى مع أجر مثل عمله.

ووجه الفرق بينهما أنا متى أوجبنا فى مسألة الصبغ قيمة ما زاد الصبغ فيه، سوّينا فيه بين حالة الغصب وبين حالة العقد؛ لأن الواجب بحكم الغصب وهو مخالف من كل وجه فى الصبغ قيمة ما زاد فيه، فلو أوجبنا ههنا قيمة ما زاد الصبغ فيه أيضًا، والصبغ فى مسألتنا حصل بحكم العقد من وجه لسوينا بين حالة الغصب وبين حالة العقد، وألغينا اعتبار العقد وعمل الصبّاغ أسند إلى عقد قائم بينهما؛ لأن الصباغ لم تخافّ من كل وجه، وإنما خالف من وجه فى اللون، فأما فى أصل الصبغ موافق، فيكون مخالفًا من وجه، موافقًا من وجه، فيجب أن لا يحكم عليه بالخلاف التام، ولا يجعل كأنه صبغ عقد، فأوجب أجر المثل فى مسألة الصبغ حتى لا يلغو اعتبار العقد والتسمية، ويكون فى إيجاب أجر مثل عمله قيمة العمل، وقيمة الصنع؛ لأن أجر مثل عمل أن ينظر أنه بكم يستأجر لهذا، والصبغ من عنده، بخلاف مسألة النعل؛ لأنا وإن أوجبنا قيمة ما زاد النعل فيه، ولم يوجب أجر مثل عمل فى خرز النعل، لاتقع التسوية بين حالة الغصب وحالة العقد حتى يلغو اعتبار العقد؛ لأن الواجب حالة الغضب فى مسألة النعل قيمة النعل مزايلا لا قيمة ما زاد النعل فيه، كمن غصب ساجة وأدخلها فى بناءه يضمن قيمة ساجته مزايلا لا قيمة ما زاد المساجة فى بناءه، فكذلك ههنا.

فإن قيل: إن كان إيجاب أجر المثل فى مسألة الصبغ لتقع التفرقة بين حالة العقد، وحالة الغصب حتى يلغو اعتبار العقد، ولا يصير الصباغ، كالعامل بغير عقد وأمرٍ أصلا كان يجب أن يوجب أجر عمل فى الصبغ من غير أن يكون الصبغ من عنده، وقيمة الصبغ مزايلا، كما اعتبر فى مسألة لينعل إذا نعله بما لا ينعل به الخفاف، فالمفارقة تقع بهذا

---

(١) وفى "م": فى صنعه.

الطريق بين حالة الغصب وحالة العقد.

والجواب عنه: بلى! إن المفارقة بين الغصب والعقد يقع بهذا الطريق إلا أنه غير ممكن اعتبار هذا الوجه فى مسألة الصبغ؛ لأنا أوجبنا قيمة العمل على حدة، وقيمة الصبغ مزائلا احتجنا إلى تقويم الصبغ مزايلا حال ما اتصل بالثوب، ولايمكن تقويمه فى ذلك الوقت؛ لأنه مخلوط بالماء حال ما يتصل بالثوب، فلايمكن تقويمه؛ لأن قيمة الصبغ تتفاوت بتفاوت الماء، ولا يعرف قدر الماء، فقد تعذر اعتبار هذا الوجه للتفرقة بين حالة العقد وبين حالة الغصب، فلم يبقَ للتفرقة، وجه إلا إيجاب أجر المثل فى مسألة الصبغ، بخلاف مسألة النعل؛ لأن تقويمه مزايلا ممكن حال ما يتصل بالخف، فمتى أوجبنا أجر عمل على حدة إن أمكننا إيجاب قيمة النعل مزايلا، فبالوجهين جميعًا تقع الفرقة بين حالة الغصب والعقد فى مسألة النعل، فذكر الوجهين جميعًا ثمة، ولم يذكر فى الصبغ إلا وجهًا واحدًا، وهو إيجاب أجر المثل؛ لأن التفرقة بين حالة الغصب وحالة العقد لا تقع إلا به.

ثم أوجب محمد رحمه الله أجر مثل عمله متى اختار أخذ الخف، ولم يوجب المسمّى، وهذا على قول من يقول: بإيجاب المسمّى فى مثل هذه المسائل متى رضى بالعيب[1]، واختار أخذ الخف محمول على ما إذا اختار أخذ الخف، ولم يرضَ بالعيب، وفى مثل هذه الحالة يجب أجر المثل على قول هذا القائل، وعلى قول من قال بإيجاب أجر المثل على كل حال متى خالف لا يحتاج إلى هذا التأويل.

١٤١٣٤-ولو أن رجلا دفع خفه إلى رجل لينعله من عنده بأجر مسمّى، فأنعله بنعل ينعل بمثله الخفاف، فهو جائز عليه، وإن لم يكن جيدًا، ولا خيار له؛ لأنه وافق شرطه من حيث العرف، ولو وافق شرطه من حيث الشرط، بأن سماه نعلا موصوفًا، فأتى بذلك لم يكن له خيار، فكذا إذاوافق شرطه من حيث العرف، وقد وافق شرطه عرفًا لما أنعله بنعل ينعل به الخفاف فى العرف والعادة.

وإن شرط الجودة، وأتى بما ينطلق عليه اسم الجيد، أجبر على القبول، ولا خيار له؛ لأن مطلق اسم الجيد ينصرف إلى ما يطلق على اسم الجيد، لا إلى المتناهى فى

---

(١) وكان فى الأصل "بالغصب".

الجودة الذى لايعدله فى العرف والعادة، كما فى السلم، وإن لم يكن جيداً يخيّر ؛ لأنه خالف مشروطه من حيث الشرط .

ولو خالف مشروطه من حيث العرف، يخير على ما بينا، فإذا خالف مشروطه من حيث الشرط أولى أن يخير .

قال : ولو اختلفا فى قدر الأجر، بأن قال الإسكاف : شرط لى درهمًا، وقال رب الخف : شرطت لك دانقين، وقد خرزه على ما وصف له، ولم يختلفا فى ذلك، وأقاما جميعًا البينة، فالبينة بينة العامل ؛ لأنه يثبت بينته زيادة أجر، فكان أولى بالقبول كما فى البائع والمشترى إذا أقاما جميعًا البتة .

ولم يذكر الجواب فيما إذا لم يقم لهما بينة، ويجب أن يحكم فى ذلك قيمة النعل مزايلا، ويجعل القول قول من شهد له قيمة النعل، كما فى الصبغ ؛ لأن اتصال النعل بخفه موجب معلوم لو جعل بغير عقد، وهو قيمته مزايلا، لا تقع البراءة عنه إلا بالتسمية، فيجعل ذلك موجب العقد حالة الاختلاف فى التسمية، كما فى مسألة الصبغ، وكما فى النكاح على قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله : إذا اختلفا فى مقدار المسمّى، فإن كانت قيمة النعل درهمًا، كما يدعى الإسكاف، فالقول قوله مع اليمين ؛ لأن قيمة النعل يجعل موجب العقد حال اختلافهما فى مقدار البدل، كأنما اتفقا على أن صح العقد عقد به إلا أن رب الخف ادعى أنه حط عنه أربعة دوانق، وأنكر الإسكاف، فيكون القول قول الإسكاف مع يمينه، وإن كانت قيمة النعل تشهد لصاحب الخفّ بأن كان دانقين كما يدعيه صاحب الخفّ جعل القول قوله مع يمينه ؛ لأن قيمة النعل تجعل موجب العقد حال اختلافهما فى مقدار البدل، كأنهما اتفقا أن العقد به إلا أن الإسكاف ادعى أنه زاد أربعة دوانق، ولما حلف صاحب الخف، لم تثبت الزيادة، فيقضى له بدانقين، ولا يتحالفان، وإن كان المبيع قائمًا عندهم جميعًا ؛ لأنهما لم يختلفا فى موجب العقد، إنما اختلفا فيما يغير موجب العقد، أما إلى زيادة أو إلى نقصان، والاختلاف متى وقع فيما يغيّر موجب العقد بعد ما ثبت الموجب، فإنه لا يجب التحالف إذا لم توجد الدعوى والإنكار من الجانبين، كما فى بيع العين إذا تصادقا أن الثمن كان ألفًا إلا أن البائع ادعى زيادة خمسمائة على الألف، وأنكر المشترى براءة خمسمائة، وأنكر البائع،

لايجب التحالف عندهم جميعًا، فكذلك هذا.

وإن كانت قيمة النعل لا تشهد لأحدهما، بأن كان نصف درهم، فإنه يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه، كما ذكر في فصل الصبغ في بعض روايات هذا الكتاب، وذلك لما ذكرنا أن قيمة النعل يجعل موجب العقد حال اختافهما في مقدار البدل كأنهما اتفقا أن العقد عقد به، إلا أنهما اختلفا فيما يغير موجب العقد.

١٤١٣٥-ادّعى الإسكاف أن رب الخف زاده على هذا الموجب نصف درهم، وأنكر رب الخفّ، وادعى صاحب الخف براءة دانق، وأنكر الإسكاف ذلك، فحصل كل واحد مدعيًا ومدعى عليه، فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه، بخلاف ما إذا كانت قيمة النعل تشهد لأحدهما؛ لأن من يشهد له قيمة النعل لا يدعى تغيرا، إنما يدعى الذى لا يشهد له موجب العقد، إما ابراء أو زيادة، وإذا لم يتحقق الدعوى والإنكار من الجانبين، لم يجب التحالف.

هذا إذا اختلفا في مقدار الأجر، فأما إذا اختلفا في أصل الأجر، قال صاحب الخف: عملته لي بغير أجر، وقال الإسكاف: لا، بل عملت لك بأجر، ذكر أنه يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه؛ لأن كل واحد منهما حصل مدعيًا ومدعى عليه، أما صاحب الخف فلأن يدعى على الإسكاف هبة العمل والنعل، والإسكاف أنكر ذلك، والإسكاف يدعى بيع العمل والنعل، وصاحب الخف أنكر ذلك، فكل واحد منهما ادعى عقدًا أنكره صاحبه، فيجب التحالف.

وإن كان الفسخ متعذرًا، كما في بيع العين إذا اختلفا في نوع العقد لا مقداره، ادعى أحدهما الهبة، والآخر البيع، والمال هالك، يجب التحالف؛ لأن كل واحد منهما مدعى ومدعى عليه، فكذلك هذا، فإن حلفا ولم يثبت واحد من الأمرين، ذكر أن صاحب الخف يغرم قيمة ما زاد النعل فيه.

وكان يجب أن يضمن قيمة نعله مزايلا؛ لأنهما لما تحالفا لم يثبت واحد من الأمرين، فبقى عاملا بغير عقد، والإنعال متى حصل بغير عقد، واختار المالك أخذ الخف، فإنه يضمن قيمة النعل مزايلا، إلا أن الجواب أن الأمر كما قلت لم يثبت واحد من الأمرين إلا أن الإذن لم يثبت؛ لأنهما مع اختلافهما في كيفية العقد أنه كان هبة

أو بيعًا اتفقا على الإذن، وإذا كان الإنعال حاصلا بإذن، تعذر القول بأنه يعطيه قيمة النعل مزايلا؛ لأن هذا حكم الغاصب، وهذا كان مأذونًا فى العمل، ولم يكن غاصبًا، فأوجب قيمة ما زاد النعل فيه، وهو من حيث الحكم قيمة النعل مزايلا، ولا يكون شيئًا منه بدل العمل.

ألا ترى أن فى مسألة الصبغ أوجب قيمة ما زاد الصبغ فيه إذا كان غاصبًا، وأنه قيمة الصبغ لا غير؛ لأن لا قيمة للعمل بغير عقد، ولكن لما تعذّر إيجاب قيمة الصبغ مزايلا حال ما يتصل بالثوب، أوجب قيمة ما زاد الصبغ فى، وجعله قيمة الصبغ، لا قيمة العمل، فكذلك ههنا أوجب قيمة ما زاد النعل فيه، وهو قيمة النعل، لا قيمة العمل ضرورة أن لا يصير المأذون فى العمل غاصبًا، ولم يخيّر صاحب الخف ههنا مثل ما كان يخير فيما مضى؛ لأن فيما مضى كان العامل مخالفًا من وجه، موافقًا من وجه، فكان له أن يميل إلى الخلاف وإلى الوفاق، وهنا موافق من كل وجه، إلا أن الخلاف وقع أنه بأجر أو بغير أجر، وإذا لم يكن مخالفًا لم يخير[1]، ولكن قال: يأخذ الخف ويعطيه قيمة النعل، وكان الجواب فيه كالجواب فى الثوب إذا هبت به الريح، وألقَتْه فى صبغ إنسان، والصبغ لا يكون لصاحب الثوب، يضمن صاحب الثوب بأن يأخذ[2] الثوب ويعطيه قيمة ما زاد الصبغ فيه، فكذا هذا.

قال: ولو عمل الخف كله من عنده حتى كان استصناعًا، ثم اختلفا قبل القبض فى مقدار الأجر، كان القول قول الإسكاف، وكان يجب أن يتحالفا؛ لأن الاستصناع يصير بيعًا فى الانتهاء، وفى بيع العين إذا اختلفا فى مقدار الثمن قبل القبض يتحالفان قياسًا، إلا أنه قال: لايتحالفان، ويكون القول قول الإسكاف؛ لأن يمينه يفيد؛ لأن المستصنع يدعى على الإسكاف ما لو أقر الإسكاف به لزمه، فإذا أنكر يستحلف، فأما يمين المستصنع لا يفيد؛ لأنه لو نكل لا يلزمه شىء، كما لو أقر به.

١٤١٣٦-قال: وإذا اختلف الصباغ ورب الثوب، فقال رب الثوب: أمرتك بأن تصبغه بعصفر، وقال الصبّاغ: أمرتنى بأن أصبغه بزعفران، قال: القول قول رب الثوب

---

(١) وكان فى الأصل "يخير".

(٢) هكذا فى ظ وكان فى الأصل وم: "بل يأخذ".

مع يمينه، وهذا قول علمائنا الثلاثة رحمهم الله .

وقال ابن أبى ليلى : القول قول الصبّاغ مع يمينه، والخلاف فى هذ المسألة نظير الخلاف فيما إذا قال : أكلت مالك بإذنك، أو هدمت دارك بإذنك، وأنكر صاحب المال الإذن، فعلى قول علمائنا رحمهم الله : القول قول صاحب المال مع يمينه، ويضمن المقر، وعلى قول ابن أبى ليلى رحمه الله : القول قول المقر مع اليمين، ولا ضمان عليه، وذهب فى ذلك أن المقر منكر سبب الضمان، وصاحب المال يدعى عليه، فيكون القول قول المنكر، كما لو أنكر الأكل أصلا .

وإنما قلنا : إنه منكر لسبب الضمان؛ لأنه أقر بأكل موصوف بالإذن، وصبغ وخياطة موصوف بالإذن، وهذا غير موجب للضمان، فكان منكرًا للضمان من الأصل، كما لو قال : أقررت لك بألف درهم وأنا صبى، أو مجنون، وقال المقر له : لا، بل أقررت وأنت بالغ أو مفيق، وعلماءنا رحمهم الله ذهبوا إلى أن أقر بالسبب الموجب للضمان، وادعى ما يبرئه، وأنكر صاحب المال البراءة، فيكون القول قوله، كما لو أقر بالدين، وادعى القضاء والإبراء، وأنكر صاحب الدين .

وإنما قلنا : أقر بالسبب الموجب للضمان؛ وذلك لأنه أقر بالأكل، وبالصبغ فى ثوب الغير، وذا سبب الضمان فى الصبغ متى اختار المالك ترك الثوب على الصباغ، وادعى الإذن، إلا أن الإذن لم يثبت بمجرد دعواه؛ ما أنكر صاحب المال؛ لأنه دعوى عليه، وإذا لم يثبت الإذن بقى مقرّا بأكل مطلق بغير إذن، وأن سبب ضمان، بخلاف ما لو أضاف الإقرار إلى مال الصبى؛ لأن الخلاف ثمة وقع أن السبب قد وجد أو لم يوجد، المقر يقول : لم يوجد؛ لأن إقرار الصبى والمجنون لايكون إقرارًا، فكان المقر منكر الإقرار من حيث المعنى، والمقر له مدعيًا، فكان بمنزلة ما لو ادعى أنه أقر له، والمدعى عليه قال : لم أمرتك، وكان كما لو قالت المرأة : تزوجتنى وأنا صبية، وقال : لا، بل تزوجتك وأنت بالغة، كان القول قول المرأة؛ لأنها أنكرت النكاح معنى .

وأما هنا سبب الضمان قد تحقق، وهو الأكل والصب والقطع والخياطة، وأنه سبب ضمان إلا أن ادعى البراءة بدعوى الإذن، وأنكر صاحبه، فيكون القول قول صاحب المال .

ووجه آخر للفرق، وهو أن إضافة الإقرار إلى حالة الصبى ليس بدعوى على المقر له، ولكن حكاية عن فعله، فيثبت فعله بقوله، و أما هنا يدعى إذن صاحب المال، وأن فعل يوجد من صاحب المال، فيكون دعوى عليه، فلا يثبت إذا أنكر.

١٤١٣٧-قال: وإذا استصنع الرجل خفين عند إسكاف فعمله، ثم فرغ منه، قال المستصنع: ليس هذا على المقدار والخرز والتقطيع الذى أمرتك، وقال الإسكاف: بل بهذا أمرتنى، وأراد الإسكاف أن يحلف صاحب المال، ليس له ذلك، بخلاف الصبّاغ إذا ادعى أن ما صبغ كان بأمره، وأراد استحلاف صاحب الثوب، كان له ذلك؛ وذلك لأن الصبّاغ يدعى على صاحب الثوب معنى لو أقر به لزمه، ولم يكن له خيار، فإذا أنكر يستحلف على ذلك؛ لأن الاستحلاف يفيد، فأما هنا الصانع يدعى المستصنع ممعنى لو أقر به لا يلزمه، فإن المستصنع لو أقر بالموافقة، أو ثبت ما ادعى عليه بالبينة، كان لا يلزم، وكان له خيار، ومن ادعى على آخر معنى لو أقرر به لا يلزمه، فإذا أنكر لا يستحلف على ذلك؛ لأن الاستحلاف لا يفيد، وسيأتى بعض مسائل الاستصناع فى المتفرّقات -إن شاء الله تعالى وحده العزيز، والله أعلم بالصواب-.

الفصل الرابع والثلاثون
في المتفرّقات

١٤١٣٨-ذكر في "النوازل": إذا قال لآخر: آجرتك هذه الدار سنة بألف درهم كل شهر بمائة، تقع الإجارة على ألف ومائتي درهم، ويصير القول الثاني فسخًا للأول، كما لو باع بألف، ثم باع بأكثر، قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: هذا إذا قصد أن تكون الإجارة كل شهر بمائة [إنما يجعل ذا فسخا للأول إذا قصدا][1] أما إذا غلطا في التفسير لا يلزم إلا ألف درهم؛ لأنه حينئذٍ لم يقصدا فسخ العقد الأول، فإن ادعى الآجر أنه كان قصدهما فسخ الأول، وادعى المستأجر الغلط في التفسير، فالقول قول مدعي الفسخ مع يمينه، كما لو تواضعا على بيع تلجئة، ثم باشرا البيع مطلقًا من غير شرط يثبت البيع بينهما مطلقًا، إلا أن يتفقا على أنهما باشرا على ما تواضعا عليه، كذا هنا.

وفيه أيضًا: إذا قال الآجر: آجرتك داري هذه يومًا واحدًا بكذا، وسنة إلا يومًا مجانًا، أو قال: آجرتك داري هذه سنة يومًا بكذا، وباقي السنة مجانًا، فسكنها سنة كان عليه أجر مثله في يوم واحد، ولا شيء له في الباقي؛ لأنه نفى الإجارة في الباقي، وإنما وجب[2] أجر المثل في يوم واحد وقعت بصفة الفساد لجهالة اليوم.

١٤١٣٩-وإذا دفع الرجل إلى قصّار ثوبًا ليقصره فقصره، وتصادقا أن الدفع حصل مطلقًا، وأنهما لم يشترطا شيئًا، لم يذكر محمد رحمه الله هذه المسألة في "الأصل"، وذكر في "النوادر"[3]: أن على قول أبي حنيفة رحمه الله: القصّار متبرع، ولا أجر له، وعلى قول محمد رحمه الله: إن اتخذا دكانًا وانتصب لعمل القصارة بالأجر، يجب الأجر، وما لا فلا، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله: هو متبرع إلا أن يكون خليطه، وهو أن يكون يدفع إليه ثيابه للقصارة بالأجر عادة.

---

(١) هكذا في الأصل.

(٢) هكذا في ظ، م وكان في الأصل: "أوجب".

(٣) وكان في الأصل: "النوازل".

وفي باب الخلع من "شرح الكافي": إذا قال للحمال: احمل هذا إلى بيتي، أو قال للخيّاط: خط إن كان الخياط معروفًا أنه يخيط بأجر، والحمال كذلك، يجب الأجر، وما لا فلا.

١٤١٤٠-وفي إجارات "المنتقى": سئل محمد رحمه الله عن رجل دفع إلى قصار ثوبًا ليقصره، فقصره، وقال: قصرت بغير أجر، وضاع قال: أما في قولي: إذا كان قصارًا قد نصب نفسه للقصارة لم أصدقه وأضمنه، كما لا أصدق رب الثوب في هذه الصورة إذا قال: قصرت لي مجانًا، وقال القصّار: قصرت بأجر، أما على قول أبي يوسف رحمه الله: القول قول القصار، كما أن عنده القول قول رب الثوب، إذا قال للقصار: قصرت بغير أجر.

وفي نكاح النوازل: إذا دفع إلى قصّار ثوبًا ليقصر، ولم يذكر الأجر، يحمل على الإجارة لمكان العرف [للقصار][1] وفي باب الأجر من صرف الكافي إذا دفع الرجل إلى رجل ذهبًا أو فضة، وأمره أن يصوغه قلبًا، أو إبريقًا، فصاغه كذلك، ثم اختلفا، فقال الدافع: عملته لي بغير أجر، وقال العامل: عملته بأجر، ذكر في الرواية: أن القول قول الدافع لإنكاره وجوب الأجر في ذمته، وفي الشرح عن أبي يوسف رحمه الله: أن هذا الرجل إن كان أعلم على باب دكان بعلامة، أو نحو ذلك بحيث يعلم أنه لا يعمل إلا بأجر، قال: القول قول العامل[2]، وإن لم يكن كذلك فالقول قول الدافع.

وعن محمد رحمه الله: أنه إذا كان بين هذا الرجل وبين العامل خلطة، وإعطاء بحيث اعتادًا أنهما لا يعقدان كل مرة، ولا يشترطان شرطًا، فالقو قول العامل، وإن لم يكن بينهما خلطة على نحو ما ذكرنا، فالقول قول الدافع، قال: وكذلك لو اختلفا في مقدار الأجر، فالقول قول الدافع، لإنكاره الزيادة على ما أقر به.

١٤١٤١-وفي هذا الباب أيضًا: إذا استقرض من آخر كر حنطة، وقال: اطحنها لي بدرهم، فطحنها وكان ذلك قبل أن يقبضها المستقرض، فذلك باطل، ولا أجر للمقرض؛ أنه لما لم يقبضها المستقرض لم يصر ملكًا له، فصار المقرض عاملا لنفس، ولا

---

(١) هكذا في الأصل فقط.

(٢) هكذا في ظ، وكان في الأصل: "فالقول"، وفي م: "قال: قول العامل".

أجر بطحن حنطة نفسه، فكيف يستحق الأجر على غيره.

١٤١٤٢-وإذا باع الدلال ضيعة رجل بأمره، فقال صاحب الضيعة بعتها بغير أجر، وقال الدلال: لا، بل بعت بأجر، فإن كان هذا الدلال معروفًا بأنه يبيع أموال الناس بأجر، فإنه لايصدّق الآمر على دعواه، ويجب أجر المثل.

١٤١٤٣-وفى "النوازل": استقرض من آخر دراهم وسلم إلى المقرض حماره ليمسكه، ويستعمله إلى شهرين، تى توفى على الدراهم، فالحمار عند المقرض بمنزلة المستأجر إجارة فاسدة، فإن استعمله فعليه أجر مثله، وكذلك إذا سلم إلى المقرض داره ليسكنها، فهذه إجارة فاسدة، ولا يكون رهنًا.

١٤١٤٤-وفيه أيضًا: لو استقرض دراهم من رجل، وقال: اسكن حانوتى هذا، فما لم أردّ عليك دراهمك، فلا أطالبك بأجرة [الحانوت][١]، والأجرة التى تجب عليك هبة لك، فدفع المقرض الدراهم، وسكن الحانوت مدة، قال: إن كان ذكر ترك الأجرة عليه مع استقراضه من المال، فالأجرة واجبة على المقرض يريد به أجر المثل، وإن كان ذكر ترك الأجرة قبل الاستقراض وبعده، فلا أجر على المقرض، والحانوت عنده عارية؛ لأن فى الوجه الأول قصد التوسّل بمنافع الدار إلى القرض، فما رضى باستيفاءها مجّانًا، والمستقرض وافقه على ذلك حيث أقرضه على المواضعة، فكن إجارة فاسدة.

فأما فى الوجه الثانى لم يطمع فى مقابلة منافع الدار شيئًا، فكانت الدار عارية، قيل: الصحيح أنه يجب أجر المثل فى الوجهين؛ لأنا نعلم يقينًا أن غرضه من دفع الدار، وترك الأجرة التوسّل إلى القرض، فما رضى باستيفاء منافع الدار مجّانًا فى الحالين جميعًا، فوجب أجر المثل فى الحالين جميعًا من هذا الوجه.

١٤١٤٥-وفى "نوادر ابن سماعة" عن أبى يوسف رحمه الله: رجل استأجر من آخر أرضًا على أنها عشرة أجربة بعشرة دراهم، فزرعها، ثم وجدها خمسة عشر جريبًا، أو وجدها تسعة أجربة، قال: فله الأجر الذى سمّى، ولو قال: كل جريب بدرهم حسب عليه كل جريب بدرهم، ذكر الحاكم رحمه الله استأجر عبدًا للخدمة مدة معلومة،

---

(١) هكذا فى حاشية "ظ"، وكان فى متنه: الدار مكان الحانوت، وفى "م": بأجرة الحانوت بالأجرة... إلخ.

وعجّل الأجرة، ثم مات المؤاجر، كان للمستأجر أن يمسك العبد حتى يرد الأجر عليه، وإن مات العبد في يده لم يكن عليه فيه ضمان، ويرجع بالأجر، فيأخذ قوله حتى يرد الأجر، أي حصة ما بقي من المدة، وإنما كان له حق إمساك العبد إلى أن يستوفي الأجر بحصة ما بقي من المدة إظهاراً للعدل والإنصاف، فإن بموت الآجر تنفسخ الإجارة، ويتعين حق ورثة الأجر في العبد، فيجب تعيين حق المستأجر في حصة ما بقي من المدة من الأجر، وذلك بالاستيفاء.

١٤١٤٦-ابن سماعة عن محمد رحمهما الله: رجل اكترى من رجل داراً بعبد سنة، فسكن الدار، ثم ناقض الإجارة في العبد، فإنه يرد العبد، ويعطيه أجر مثل الدار، وإنما كان كذلك لأن جعل العقد أجراً صحيح، كجعله ثمناً، فصارت الأجرة عوضاً، وصارت هذه الإجارة في معنى بيع العرض بالعرض، وأحد العوضين وهو العبد باقي، فيصح النقض والإقالة عليه؛ لأن في بيع العَرض بالعرض بعد هلاك أحد العوضين[1]، يصح الإقالة والنقص على العرض القائم، وإذا صحت الإقالة على العبد، عاد العبد إلى ملك المستأجر، فوجب على الآجر رد العبد على المستأجر، ووجب على المستأجر رد المنافع على الآجر، وتعذر ردها صورة، فيجب ردها معنى برد أجر المثل.

١٤١٤٧-وفي "الأصل": إذا استأجر عشراً من الإبل إلى مكة بعبد بعينه أو بغير عينه، فإن كان العبد بعينه، فالإجارة جائزة، وإن كان العبد بغير عين، فالإجارة فاسدة، ثم إذا كان العبد بعينه حتى جازت الإجارة، فهلك العبد قبل التسليم بعد ما استوفى المعقود عليه، كان على المستأجر أجر مثل الإبل؛ لما عرف أن العقد يفسد بهلاك أحد البدلين قبل القبض إذا كانا عينين، فإذا فسد العقد كان عليه رد ما استوفى بعينه من المنافع، وقد عجز عن ردها بعينها، فكان عليه رد قيمتها، وقيمة المنافع أجر المثل، وإذا كان العبد بغير عينه، حتى فسدت الإجارة، كان على المستأجر أجر المثل مات العبد أو لم يمت.

١٤١٤٨-رجل تكارى منزلا كل شهر بدراهم معلومة، وطلق الرجل المستكرى المرأة، وخرج من المصر وذهب، هل لصاحب المنزل سبيل على المرأة، قال: لا؛ لأن

---

(١) وكان في الأصل: العرض بالعرض، وأحد العرضين لا بعد هلاك أحد العرضين.

المرأة ليست بعاقدة، وليست بكفيلة عن العاقد بالأجر، والأجر إنما يجب بأحد هذين، وليس لصاحب الدار أن يخرج امرأة من الدار حتى الهلال؛ لأن الإجارة لازمة قبل مجيء الهلال، ألا ترى لو كان المستأجر حاضرًا، لم يكن له أن يفسخ الإجارة قبل مجيء الهلال، فإذا كان غائبًا أولى، فإن جاء الهلال والزوج غائب، هل لصاحب الدار أن يفسخ الإجارة، ويخرج المرأة من الدار، يجب أن تكون المسألة على الاختلاف، على قول أبي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله: ليس له ذلك، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله: له ذلك.

١٤١٤٩-إذا تكارى منزلا كل شهر بدرهم على أن ينزله، ولا ينزل غيره، فتزوّج امرأة أو امرأتين، فله أن ينزلهما، وليس لصاحب الدار أن يأبى؛ لأن هذا شرط ضائع لا منفعة فيه لصاحب الدار؛ لأن سكنى غيره لا تضر بالدار، حتى يكون في ترك سكنى غير المستأجر منفعة للمستأجر، فقد حكم بجواز هذا العقد مع هذا الشرط، وإن كان هذا شرطًا لا يقتضيه العقد إلا أنه ليس لأحد المتعاقدين فيه منفعة، ومثل هذا الشرط لا يفسد العقد، كما لو اشترى ثوبًا بشرط أن لا يلبس، أو اشترى دابة بشرط أن لا يركبها، وهذه المسألة وتأويله أن لا يكون للمنزل بئر بالوعة، ولا بئر وضوء، وقد ذكرنا هذا التأويل في المسائل المتقدمة.

١٤١٥٠-وفي "الأصل": إذا استأجر الرجل من آخر دارًا، ودفعها إلى رب الدار إلا بيتًا منها، كان فيه متاع له، وسكنها المستأجر، قال: يرفع عن بحصة ذلك، وهذا مشكل[1]؛ لأن الفائت صفة؛ لأن البيت صفة للدار، ولهذا قالوا: لو استأجر دارًا على أن فيها ثلاثة بيوت، فإذا فيها بيتان، فإنه يتخير، ولا يسقط شيء من الأجر، كما لو اشترى عبدًا على أنه كاتب وخبّاز، والجواب أن الفائت إن كان صفة إلا أن الفوات بفعل البائع، والوصف له حصة من البدل إذا فات بفعل البائع، كما في بيع العين، بخلاف ما لو انهدم بيت منها، أو حائط، وسكن المستأجر في الباقي، حيث لا يسقط شيء من الأجر؛ لأن الوصف هناك فات بآفة سماوية، والوصف متى فات بآفة سماوية لا يوجب سقوط شيء من البدل.

(١) لفظ "مشكل" موجود في "ظ" فقط.

وما ذكرنا من الجواب فيما إذا استأجر داراً على أن فيها ثلاثة بيوت، فإذا فيها بيتان أنه يتخيّر، ولا يسقط شيء من الأجر، فذاك فيما إذا لم يقل كل بيت بكذا، فأما إذا قال: كل بيت بكذا يرفع عنه بحساب ذلك على قياس مسألة الجريب التى تقدم ذكرها فى هذا الفصل.

١٤١٥١-قال: وإذا استأجر الرجل داراً شهوراً مسمّاة بأجر معلوم، ثم أراد رب الدار أن يشترى من المستأجر بالأجر شيئًا قبل القبض جاز؛ لأن الأجر دين لم يجب بعقد صرف، ولا سلم، فيجوز الاستبدال به قبل القبض، كما فى سائر الديون، وقد مرّت المسألة من قبل.

وكذلك الفامى يستأجر البيت يبيع فيه كل شهر بأجر معلوم، فكان رب البيت يأخذ منه بالدقيق والسويق، ويشترى بذلك شيئًا يعنى بالأجر قبل استيفاء المنفعة، كان جائزاً لما ذكرنا فى أول الكتاب أن الشراء بالأجر جائز قبل الوجوب وبعد الوجوب.

١٤١٥٢-ولو أن رب البيت أراد أن يتعجل الأجر كله قبل الهلاك فأبى المستأجر أن يعطيه، فإن يجبر المستأجر على أن يعطيه بقدر ما سكن؛ لأنه بقدر ما سكن وجب الأجر، فيجبر على إيفاءه، فأما حصة ما لم يسكن لا يجبر على إيفاءه؛ لأن أجرة ما لم يسكن غير واجب عليه بعد، فلا يخير على إيفاءه.

١٤١٥٣-قال: ولو أن رجلا استقرض من رب البيت أجر هذين الشهرين، فأمر رب البيت الفامى أن يعطيه ذلك، فكان الرجل يشترى به من الفامى السويق والدقيق والزيت والسمن، حتى استوفى أجر الشهرين، فهو جائز، ذلك لأن المستقرض قام مقام المقرض، والمقرض لو اشترى من الفامى شيئًا بالأجر صحّ الشراء، وبرئ الفامى من الأجر لوقوع المقاصة بين الأجر والثمن، فكذا إذا اشتراه المستقرض.

وإنما قلنا: إن المستقرض قام مقام المقرض؛ لأن المقرض أقرضه الأجر الذى له فى ذمة الفامى، وسلطه على قبضه، فيصح كما لو وهب الأجر منه، وسلطه على قبض يصح ذلك، وصار الموهوب له وكيلا عن رب البيت فى القبض أولا، ثم قابضًا لنفسه بحكم الهبة؛ لأن الهبة لا تصح إلا بملك الواهب، ولا يصير ما وهب ملكًا للواهب إلا بالقبض، فكذا هنا لايصح القرض إلا بملك المقرض، وما أقرض لا يصير ملكًا له إلا

بالقبض، فصار نائبًا عنه في القبض أولا، ثم قابضًا لنفسه بحكم القرض، وإذا كان كذلك صحّ أن المستقرض قام مقام المقرض، وليس للفامي على المستقرض شيء لما ذكرنا أن المستقرض قام مقام المقرض، والمقرض لو اشترى بالأجر شيئًا، لم يكن للفامي على المقرض شيء لو قرع المقاصة بين الأجر والثمن، فكذلك هذا، ولرب البيت على المستقرض أجر هذين الشهرين.

١٤١٥٤-قال: ولو اشترى من المستقرض من الفامي بالأجر دينًا، فإنه يجوز إذا اشترى الدينار بعد وجوب الأجر، بأن مضت المدة، أو شرط التعجيل، فعلى قول أبي يوسف رحمه الله الأول وهو قول محمد رحمه الله: يجوز، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله الآخر: لا يجوز؛ لأن المستقرض قام مقام المقرض، والمقرض لو صارف مع الفامي، كان الجواب على هذا التفصيل، فكذلك هذا.

قال: ولو كان للفامي على الرجل المستقرض دينارًا، وأجر البيت عشرة دراهم كل شهر، فمضى شهر، ثم أمر رب البيت الفامي أن يدفع أجر هذين الشهرين إلى هذا الرجل قرضًا عليه، ورضي الرجل بذلك، فهو جائز؛ لأنه ملكه الدين الذي له على الفامي، وسلطه على قبضه قرضًا، فيصح كما لو وغصب منه، وسلطه على قبضه، فإن قاص بالدينار الذي له عليه، وأخذ بالفضل حوائجه قال: فهو جائز، وهذا الجواب لا يشكل فيما اشترى من الحوائج؛ لأنه اشترى الحوائج بالأجر بما وجب من الأجر بما لم يوجب، فيجوز كما يجوز من رب البيت، وإنما يشكل فيما إذا قاصه بالدينار، ذكر أنه جائز إذا رضي بذلك الفامي، وإن كان الجنس مختلفًا، فإن أحدهما دينار، والآخر دراهم؛ لأن المقاصة في الجنس المختلف إنما لا يجوز إذا لم يوجد التراضي على المقاصة، فأما إذا وجد يجوز إلا أنه يكون صرفًا، ثم يجوز هذا الصرف عندم بحصة ما وجب من الأجر، وهو الشهر الثاني يجب أن تكون المسألة على الخلاف، يجوز عند محمد رحمه الله، وهو قول أبي يوسف رحمه الله الأول، ولا يجوز في قول أبي يوسف الآخر، كما لو باشر المقرض الصرف بأجر لم يجب بعد، وهو الشهر الثاني.

ثم قال: وليس هذا بصرف فيما بين رب البيت والمستقرض، ولكنه صرف فيما بين المستقرض والفامي، وذلك لأن رب البيت ما عقدت عقد الصرف مع المستقرض إنما

أقرضه الأجر الذى له على الفامى، وعقد المصارفة إنما جرت بين المستقرض والفامى قال: وهذا كله قول أبى يوسف رحمه الله، وهو قول محمد لأن المضارفة بأجر غير واجب جائز على قوله الأول، وهو قول محمد رحمه الله، فأما على قوله الآخر: فإنه لا يجوز، وقد ذكرنا هذا فى أول الكتاب.

١٤١٥٥-قال: ولو كان رب البيت أقرض الدراهم على أن يرد عليه ديناراً بعشرة دراهم، فإنه لا يجوز؛ لأن تجويزه قرضًا غير ممكن؛ لأن القرض يكون مضمونًا بجنسه، فإذا شرط جنسًا آخر، فقد شرط ما لا يقتضيه القرض، فكان قرضًا فاسدًا، ولا وجه إلى أن يجوزها مصارفة؛ لأنها صرف بنسيئة، فيكون باطلا.

قال: فإن أحاله على هذا الوجه بالدراهم الآخر على الفامى، يريد به إنه أحاله على الفامى ليأخذ الأجر منه ليعطيه ديناراً، فقال: فقاصّ الفامى بالدينار الذى له على المستقرض، وأخذ بالبعض حوائجه، فإنما لرب البيت على المستقرض عشرون درهمًا، تأويل إذا وجب أجر هذين الشهرين حتى جاز الصرف عندهم جميعًا، وصار المستقرض مستقرضًا عشرين درهمًا من الفامى بالمقاصّة، فيكون لرب البيت على المستقرض ما اقتضى من الفامى، وذلك عشرون درهمًا، ولا يكون عليه دينار، كما شرط عليه؛ لأن اشتراط الدينار اشتراط باطل؛ لأنه صرف بنسيئة.

قال: ولو أن هذا الفامى لم يكن وجب عليه أجر هذين الشهرين، ولكن رجل استقرض من رب البيت أجر هذين الشهرين، فأمر هذا الفامى أن يعطيه إياه، وأن يعجله له، وطابت نفس الفامى بذلك، فأعطى الرجل دقيقًا أو زيتًا، أو ديناراً بعشرة، ثم مات رب البيت قبل أن يسكن الفامى شيئًا من هذين الشهرين، أو انهدم البيت، فإن الفامى لا يرجع على الرجل بشىء، ولكن يرجع على رب البيت بعشرين درهمًا، ويرجع رب البيت على الرجل بعشرين درهمًا قرضًا عليه، وذلك لما ذكرنا أن المستقرض صار وكيلا عنه بالقبض أولا حتى يصح القرض، ثم لنفس، فإذا قبض ناب قبضه مناب قبضين، فصار قابضًا له أولا، ثم نفسه بحكم القرض، وإذا صار قابضًا للآمر، صار كأن الآمر قبض بنفسه، ثم أقرضه.

١٤١٥٦-ولو أن صاحب البيت قبض العشرين بيده، ثم أقرضه من المستقرض،

ثم انفسخت الإجارة، لم يكن للفامي أن يرجع على المستقرض بشيء، وإنما يرجع على رب البيت، ثم رب البيت يرجع على المستقرض بحكم القرض، فكذلك هذا، ثم يرجع بعشرين درهمًا على رب البيت في قول أبي يوسف رحمه الله الأول، وهو قول محمد رحمه الله، فأما على قول أبي يوسف رحمه الله الآخر ما كانت حصة الحوائج يرجع عليه بالدراهم؛ لأن الشراء قد صح، فصار مقتضيًا للدراهم، فأما ما يخص الدينار، فإنه لا يرجع على رب البيت بالدراهم، ولكن يرجع على المستقرض فيأخذ منه الدينار؛ لأنه قبضه بحكم صرف فاسد.

١٤١٥٧-وفي "فتاوى الفضي": رجل اكترى حمارًا من كبين إلى بخارى، فبقي الحمار في الطريق، وصاحب الحمار ببخارى، فأمر المستكرى رجلا حتى ينفق على الحمار في علفه كل يوم مقدارًا معلومًا، وقاطعه أجرته إلى أن يقبض صاحب الحمار حماره، فأمسك الأجير أيامًا، وأنفق عليه في علفه، إن علم المأمور بالنفقة أن الحمار لغير الآمر، فهو متطوع فيما أنفق، لا يرجع على أحد بشيء إلا أن يكون الآمر ضمن له النفقة، فإن كان لا يعلم بذلك رجع على الآمر بالنفقة، وإن كان لم يضمن له الآمر النفقة، فإن استأجر أجيرًا يحفظه، فالأجر عليه.

١٤١٥٨-وفي الفتاوى: إذا استأجر مشاطة لتزين[1] العروس، فالإجارة فاسدة، والأجر مكروه غير طيب لها إلا أن يكون على وجه الهدية من غير شرط، ولاتقاضي، فيكون أهون، وفيه نظر والصواب أن يقال: إذا استأجرها مدة معلومة، أو كان العمل أنه تجوز الإجارة، ويطيب لها الأجر؛ لأن تزيين العروس ليس بمعصية، بل هو مباح، فصار فصار كسائر الأعمال المباحة.

١٤١٥٩-وفي "فتاوى الفضلي": الدلالة في النكاح لا تستوجب الأجر، وبه كان يفتي رحمه الله وغيره من مشايخ زمانه كانوا يفتون بوجوب أجر المثل لها؛ لأن معظم الأمر من النكاح يقوم بها، ولها سعي في إصلاح مقدمات النكاح، فيستوجب أجر المثل بمنزلة الدلال في باب البيع، و به يفتي.

١٤١٦٠-وفيه أيضًا: أهل بلدة ثقل عليهم مؤنات العمّال، فاستأجروا رجلا

---

(١) وكان في الأصل: ليزين.

بأجرة معلومة ليذهب ويرفع أمرهم إلى السلطان الأعظم ليخفف عنهم بعض التخفيف، وأخذ الأجرة من عامتهم غنيهم وفقيرهم، ذكر أنه إن كان بحال لو ذهب إلى بلد السلطان يتهيؤ له إصلاح الأمر بيوم أو بيومين، جازت الإجارة، وإن كان بحال لايحصل ذلك إلا بمدّة، فإن وقتوا للإجارة وقتًا معلومًا، فالإجارة جائزة، والأجر كله له، وإن لم يوقتوا، فالإجارة فاسدة، وله أجر مثله، والأجر عليهم على قدر مؤنتهم، وهذا نوع توسع واستحسان، أما جواب الكتاب لايجوز هذه الإجارة إلا موقتة، وبه يفتى، وهكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في باب الرشوة من "شرح أدب القاضي": أن هذه الإجارة لا تجوز إلا موقتة، وإن كان مدة الإصلاح يومًا أو يومين.

١٤١٦١-قال في "الأصل": رجل تزوّج امرأة، فنزل عليها، وهي في منزل بكراء، فمكث عندها سنة، فجاء صاحب المنزل يطلب أجر منزله، فقالت المرأة: أجرة منزله عليك، فقال الزوج: إنما استكريت بأجرة عليكِ، وقالت المرأة: قد أخبرتك أنه معي بأجر، وقال الرجل: ما أخبرتني أنها تسكن بأجر، فإنه لا عبرة لإنكار الزوج أنها لم تخبره؛ لأنها وإن أخبرته، فلا أجر عليه، وإنما لم يكن على الزوج أجر المنزل؛ لأن الزوج ليس بعاقد، ولا يضامن عنها الأجر لرب المنزل، فلا يجب عليه الأجر، فإن ضمن الآجر عنها لرب البيت الآن يؤخذ الزوج بالأجر؛ لأنه كفل عنها بالآجر لرب المنزل، والكفيل يؤاخذ بما كفل به، فإن أدى لا يرجع، سواء كفل بإذنها، أو بغير إذنها، إن كان بغير إذنها، فلا إشكال، كما لو كفل عنها بدين آخر، وإن كان بإذنها فلذلك، وذلك لأن العرف أن الزوج إنما يضمن عنها أجر المسكن على سبيل الصلة، لا ليرجع بذلك عليها؛ لأن الإسكان عليه، والمعروف كالمشروط كأنه شرط في الكفالة أن يكفل عنها، ولا يرجع بذلك عليها، ولو صرح أن لا يرجع بذلك عليها لا يرجع، فكذلك هذا.

ونظير هذا ما قال محمد رحمه الله في كتاب النكاح: إن الأب إذا ضمن المهر عن ابنه الصغير، فإنه لا يرجع في مال الصغير استحسانًا؛ لأنه في العرف مما يبذل ذلك صلة للصغير، لا ليرجع في ماله، فكذلك هذا، فإن لم يضمن لرب المنزل ذلك، ولكن أشهد لها بأن قال: أضمن لك الأجر، ولم يضمن لرب البيت، فإنه لا يلزم الأجر؛ لأنه لم يضمن عنها لرب البيت حتى يصير كفيلا عنها بالأجر، فيؤخذ بذلك إنما ضمن لها ما عليها من الآجر، ومن ضمن للمديون ما عليه، ولم يضمن عنه لصاحب الدين لا يكون

كفيلا، والكفيل أن يضمن عن المديون ما عليه لصاحب الدين، ولم يوجد هذا، فلم يكن تجويز هذا كفالة، وإذا لم يكن كفالة، فإما أن يعتبر بعد ذلك هبة من الزوج لها أو عدة، فإن كان هبة، فهى هبة لم يقبض، فلا يجبر على الوفاء بها، وإن كان عدة، فلا يجبر على إنجاز هذا الوعد.

١٤١٦٢-قال فى "الأصل" أيضًا: رجلان استأجرا منزلا من رجل كل شهر بدرهم، واشترطا فيما بينما على أن ينزل أحدهما فى أقصى الحانوت، والآخر فى مقدمه، ولم يشترطا ذلك فى أصل الإجارة، قال الإجارة جائزة، ولكل واحد منهما أن يرجع عن ذلك، أما الإجارة جائزة؛ لأنها خلت عن شرط يفسدها، فإنه قال: ولم يشترطا ذلك فى أصل الإجارة، ولكل واحد منهما أن يرجع عن ذلك؛ لأن هذا مواضعة منهما على المهايأة، ولكل واحد من الشريكين أن ينقض المهايأة، وإنما كان لكل واحد منهما نقض المهايأة، وذلك لأن المهايأة قسمة المنفعة، فتعتبر بقسمة العين، وفى قسمة العين لكل واحد منهما أن ينقض القسمة قبل التمام، فإنهما إذا أفرزا، أو عزلا الأنصباء، فقبل أن يتعين نصب كل واحد منهما بالإقراع، إذا أراد أحدهما نقض القسمة، كان له ذلك؛ فلأن يكون لكل واحد منهما نقض القسمة، ولم يتعين حق واحد منهما فى المنفعة قبل وجودها، ولم يتقرر نصب أحدهما من الآخر أولى وأحرى، ثم ذكر فى الكتاب: أن الإجارة لا تفسد إذا لم يكن اشترطا ذلك فى أصل الإجارة، ولم يذكر أنهما إذا شرطا ذلك فى الإجارة، هل تفسد الإجارة؟

قال مشايخنا رحمهم الله: ولقائل أن يقول: بأنه يفسد الإجارة، ولقائل أن يقول: بأنه لا يفسد الإجارة، إما لقائل أن يقول: بأن الإجارة تفسد؛ لأنه شرط فى العقد ما يقتضيه العقد؛ لأن هذه مهايأة منهما، والمهايأة على هذا الوجه الذى شرطا، وهو أن يسكن أحدهما فى المقدم، والآخر فى المؤخر مما لا يقتضيه الإجارة، ألا ترى أن الآبى منهما لا يجبر على ذلك، ولأحدهما فى هذا الشرط منفعة، ولكل شرط لا يقتضيه العقد، ولأحدهما فيه منفعة يوجب فساد العقد، وإليه أشار فى الكتاب، فإنه قال: ولم يشترطا ذلك فى الإجارة، فمفهوم ما ذكر يقتضى أنه إذا شرطا ذلك فى العقد أوجب فساده.

وأما من قال بأنه لا يفسد ذهب في ذلك إلى أن هذا الشرط متى شرط في العقد يكون اشتراطًا على المالك، وإذا كان مشروطًا على المالك صار كل واحد منهما مستأجرًا ما عيّن من المالك، فكأن الآجر قال: آجرت من هذا مقدّم الحانوت، ومن الآخر مؤخره، ولو نصّ على هذا كان جائزًا، ومفهوم قول محمد رحمه الله ولم يشترط ذلك في أصل العقد، إنهما متى شرطا ذلك في العقد لا يكون لكل واحد منهما أن يرجع؛ لأن كل واحد منهما يصير مستأجرًا ما عيّن من المالك، ومتى لم يكن مشروطًا في العقد يكون مهايأة منهما، ولكل واحد منهما أن ينقض المهايأة.

١٤١٦٣-وروى بشر عن أبي يوسف رحمه الله: في رجل استأجر رجلا ليبني له حائطًا أراه موضعه، وسمّى طوله في السماء، وطوله على وجه الأرض، وعرضه على أن يبني كل ألف آجُرّة بكذا، وكذا من الجصّ بكذا، وكذا من الدراهم، فيبني في السفل، فأدخل ألف آجُرّة بالجص المسمّى لها، ثم مات البنّاء، فإن الأجر يقسم على موضع ما بقي من الحائط وما بني، فيعطى بحصة ما بني من القيمة؛ لأن كل ألف آجُرّة شرط بناءها، فهي في أعلى الحائط، وأسفله يدركها رخص الأسفل، وعلى الأعلى، فلا بد من الجمع بين القيمتين ليجمع الرخص مع الغلاء، فيظهر في التوزيع العَدل.

١٤١٦٤-وعنه أيضًا: آجر الرجل عبده وسلّم، ثم باع من غير عذر، وسلمه إلى المشتري، فقيل: لم يكن للمستأجر أن يضمّن المشتري قيمته، والمستأجر في هذا الحرف مخالف للمرتهن، والفرق وهو أن حق المستأجر في المنافع والقبض لا يلاقيها، وحق المرتهن في العين والقبض يلاقيه.

١٤١٦٥-ذكر الحاكم رحمه الله: استأجر عبدًا للخدمة مدة معلومة، وعجّل الأجرة، ثم مات المؤاجر، كان مستأجر أن يمسك العبد حتى يرد الأجر عليه، وإن مات العبد في يده، لم يكن عليه فيه ضمان، ويرجع بالأجر فيأخذه.

قول: حتى يرد الأجر عليه، أي حصة ما بقي من المدة، وإنما كان له حق إمساك العبد إلى أن يستوفي الأجر بحصة ما بقي من المدة إظهارًا للعدل والإنصاف، فإن بموت الآجر تنفسخ الإجارة، ويتعين حق ورثة الآجر في العبد، فيجب تعيين حق المستأجر في حصة ما بقي من المدة من الأجر، وذلك بالاستيفاء.

١٤١٦٦-وإذا غصب رجل الدار المستأجرة من المستأجر، ثم تركها الغاصب، فأراد المستأجر أن يمتنع عن قبضها فى باقى المدة، أو أراد الآجر أن يمتنع عن التسليم، فليس للمستأجر أن يمتنع عن التسلم فى باقى السنة، ولا للآجر أن يمتنع عن التسليم.

قال بعض مشايخنا: هذا إذا لم يكن فى السنة وقت يرغب فى الاستئجار لأجله، أما إذا كان ولم يسلم فى ذلك الوقت، فإن المستأجر يتخير، وقد مرّ جنس هذا فيما تقدم.

١٤١٦٧-وفى "القدورى": لو استأجر من آخر دارين، فانهدمت إحداهما، أو غصبت، أو ما أشبه ذلك، فله أن يترك الأخرى؛ لأن الصفقة وقعت متحدة، وقد تفرقت فيثبت الخيار.

١٤١٦٨-قال محمد رحمه الله فى "الأصل": وإذا استأجر دابة ليلا ليزفّ عليها عروسًا إلى بيت زوجها، فهذا على وجهين: إما أن يكون العروس بعينها، أو بغير عينها، فإن كان العروس بعينها، وبيّن المكان، فإنه تجوز الإجارة، كما لو استأجر رجلا دابة؛ ليركبها إلى مكان معلوم بأجر معلوم، كانت الأجرة جائزة، فكذلك هذا، وإن كان العروس بغير عينها، فالإجارة فاسدة، كما لو استأجر دابة للركوب، ولم يبين من يركب، كانت الإجارة فاسدة، فإن أركب عروسًا، فالقياس أن لا يعود العقد جائزًا، وفى الاستحسان: يعود العقد جائزًا، وفى الاستحسان: يعود العقد جائزًا، وعليه المسمّى كما لو استأجر دابة للركوب، ولم يبين من يركب، ثم ركب هو، أو أركب غيره، فإنه يعود العقد جائزًا استحسانًا، وفى القياس: لا يعود جائزًا، وقد ذكرنا هذا.

فإن حبسوا الدابة حتى أصبحوا من الغد، هل يجب الأجر إن كان استأجر هذه الدابة لركوب عروس بعينها فى المصر، فإنه يجب الأجر؛ لأنه تمكن من الاستيفاء فى المدة فى المكان الذى أضيف إليه العقد، فيجب الأجر، فإن استأجرها لركوب عروس بعينها خارج المصر، فإنه لا يجب الأجر؛ لأنه لم يتمكن من الركوب فى المكان الذى أضيف إليه العقد، وقد ذكرنا أن التمكن من الركوب متى لم يوجد فى المكان المضاف إليه العقد، فإنه لا يجب الأجر، وهذا لأن تسمية المكان فى باب الدابة، وأنه شرط لجواز العقد عليها بمنزلة تسمية المدة فى غيرها من الإجارة، والتمكن من الاستيفاء متى وجد فى

غير المدة المضاف إليها العقد، فإنه لايجب الأجر، وهل يصير ضامنًا بالحبس إن وقعت الإجارة على الركوب خارج المصر يضمن؛ لأنه لم يجب الأجر بهذا الإمساك، ولم يؤذن له بإمساك لا يجب الأجر.

وإن وقعت الإجارة على أن يركبها في المصر، لا يصير ضامنًا بهذا الحبس؛ لأنه يجب الأجر بهذا الإمساك، وإن كان استأجروها لركوب عروس بغير عينها، فإنه لا يجب الأجر متى حبسوها، سواء استأجروها للركوب في المصر، أو خارج المصر؛ لأن الإجارة فاسدة متى لم يعيّنوا العروس، وفي الإجارات الفاسدة الأجرة لا تجب التمكن من الاستيفاء، وإنما تجب بحقيقة الاستيفاء، لم يوجد، فإن استأجر لحمل عَروس بعينها، فأركب غيرها، صار ضامنًا، ولايجب الأجر سلمت الدابة أم هلكت، كما لو استأجر دابة للركوب بنفسه، فأركب غيره، وإن كان لحمل عروس بغير عينها لم يضمن لما لو استأجر دابة للركوب، فأركب غيره.

١٤١٦٩-إذا اشترى شيئًا، وآجره من غيره قبل القبض لا يجوز، كما لو باعه، وهذا إذا كان منقولا، فإن كان عقارًا، فقيل: هو على الخلاف في البيع، وقيل: لا يجوز الإجارة إجماعًا.

١٤١٧٠-وفي "الجامع الصغير": رجلان استأجرا شيئًا، ودفع أحدهما إلى صاحب ليمسكه، فلا ضمان عليه، إذا كان شيئًا لا يحتمل القسمة؛ لأن ما لا يحتمل القسمة، فلأحد المستأجرين أن يدفعه إلى صاحبه ليمسكه.

١٤١٧١-في باب إجارة الفسطاط: استأجر قدرًا ليطبخ فيه شيئًا معلومًا، فطبخ في البيت، وأخذ القدر بحجر مع ما فيه ليخرج إلى الدكان، فانزلق رجله في الطين، فوقع وانكسر القدر، فعلى ضمان القدر بمنزلة الحمّال إذا انزلق رجله، ووقع الحمل وانكسر، وقيل: ينبغي أن لا يجب الضمان في هذه الصورة قياسًا على ما استأجرت المرأة ثوبًا لتلبس، فلبست وتخرق من لبسها، وقد مرّت مسألة الثوب من قبل، هو الصحيح.

استأجر رجلا شهرًا معينًا ليعمل له عملا معلومًا، فعمل له ذلك العمل شهرين، هل يستحق الأجر في الشهر الثاني يجب أن تكون المسألة على الخلاف المعروف في

القصّار أو الخيّاط إذا عمل من غير عقد، وقد كان انتصب نفسه لذلك.

وإذا تكارا دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم، فحمل[1] فى الجوالق عشرين مختومًا، ثم أمر المستأجر رب الدابة، فكان هو الذى وضعها على الدابة، فلا ضمان؛ لأن صاحب الدابة هو المباشر بحمل الزيادة على دابته، وإن حملاها جميعًا، ووضعاها على الدابة ضمن المستأجر ربع قيمة الدابة؛ لأن نصف الحمل مستحق بالعقد، ونصفه غير مستحق، وفعل كل واحد منهما فى الحمل شائع فى النصفين، فما حمله المستأجر نصفه، وهو ربع الكل مستحق بالعقد، ونصف وهو الربع غير مستحق، فلهذا ضمن ربع قيمتها.

وإن كان الحمل فى عدلين، فحمل كل واحد عدلا، ووضعاها على الدابة جميعًا، لايضمن المستأجر شيئًا، ويجعل حمل المستأجر فيما كان مستحقّا بالعقد فى باب ما يضمن الآجر، ويعرف عن هذه المسألة كثير من المسائل.

رجل يبيع بالمزايدة، فاستأجر رجلا لينادى عليه إن وقّت له وقتًا، أو قال: كذا صوتا يجوز.

١٤١٧٢-إذا دفع إلى صبّاغ لبدا ليصبغه أحمر، فقد قيل: إن قال بكذا من العُصفر يجوز، وإن لم يبين مقدار العصفرر لا يجوز، وهذا ليس بصواب، فقد ذكرنا الرواية فى فصل الاستصناع: أن بيان مقدار الصبغ ليس بشرط، فلو صبغه رديئًا هل يضمن، فقد قيل: إن انتقص الثوب، وكان النقصان فاحشًا عند أهل البصر، فلصاحب اللبد أن يضمن قيمة لبده أبيض، وإن كان النقصان يسيرًا، فله أن يضمنه النقصان، وعلى هذا التفصى القصار إذا قصر الثوب رديئًا.

١٤١٧٣-إذا استأجر حمارًا أو بقرًا ليس له أن يبعث به إلى السرح، هكذا ذكر فى الفتاوى، وقيل: إن كان المتعارف فيما بين الناس أن المستأجر يبعث ذلك إلى السرح، فله أن يبعث، وما لا فلا، وذكر الصدر الشهيد رحمه الله فى "فتاوى الصغرى": أن للمستأجر أن يؤاجر وأن يعير، وأن يودع، والبعث إلى السرح إيداع فيملكه المستأجر.

١٤١٧٤-وفى "مجموع النوازل": زوّج أمته، ثم آجرها من زوجها جاز؛ لأن

---

(١) هكذا فى الأصل وم، وكان فى ظ: "فجعل".

خدمة الزوج ليست عليها، فالإجارة وردت على ما ليس بمستحق فيصح.

١٤١٧٥-استأجر أرضًا ليلبن فيه لنفسه، فالإجارة فاسدة، بعد ذلك ينظر، إن كان للتراب قيمة في ذلك الموضع، يضمن قيمة التراب، ويكون اللبن له؛ لأن الإجارة لما لم تصح، صار المستأجر غاصبًا للتراب، ولما جعله لبنًا، فقد تملكه على المالك، وإن لم يكن للتراب قيمة، لاشيء عليه، واللبن له؛ لأنه حصل بصنعه.

١٤١٧٦-رجل تقبل من رجل طعامًا على أن يحمله من موضع إلى موضع باثني عشر درهمًا اليوم، فحمله في أكثر من ذلك، لا يلزمه الأجر المسمّى، بل يجب أجر المثل بمنزلة ما لو استأجر رجلا ليخبز له عشرة مخاتيم دقيق اليوم، هكذا ذكر في الفتاوى، وهذا يجب أن يكون على قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن على قول هذه الإجارة وقعت فاسدة؛ لأنه جمع فيها بين الوقت والعمل، أما في قولهما: هذه الإجارة وقعت جائزة، فيجب الأجر المسمّى.

١٤١٧٧-رجل حمل رجلا كرهًا إلى بعض البلدان، فعلى الحامل كراءه حتى يرده إلى الذي حمله منه، وكذا في كل ماله حمل ومؤنة.

١٤١٧٨-رجل استأجر من آخر كرمًا إجارة طويلة، وقبضها وآجرها من غيره مقاطعة كل ستة أشهر ببدل معلوم، فلما رآه المستأجر الثاني وجد الأشجار قد احترق من البرد، ولم يجد أجره ليرده عليه حتى جاء أيام الفسخ، وحضر أجر، وفسخ الإجارة، وطلب مال المقاطعة، وأبى المستأجر الثاني، واعتل بعلة أن الأشجار محترقة سمع علته، وسقط عنه مال المقاطعة، إذا لم يعلم في الكرم عملا يدل على الرضا ولو كان أجره حاضرًا حتى أمكنه الرد ولم يرد لا يسقط مال المقاطعة.

وعلى هذا إذا استأجر داره، وأراد المستأجر ردها بخيار رؤية، أو بخيار عيب إن لم يمكنه الرد، بأن كان المؤاجر غائبًا كان له الرد، إذا حضر المؤاجر، ولا يجب الأجر إذا لم يكن عمل في الدار عملا يدل على الرضا، وإذا وجب[1] للآجر على المستأجر مال بالقرض، أو نحوه، فقال المستأجر للآجر: إحسب هذا من مال الإجارة، وفارسيته: فِرُورو از مال اجارت، فقال الآخر: فرورفتم، فقد قيل: تنفسخ الإجارة بقدره.

---

(١) هكذا في ظ، م، وكان في الأصل: "وإذا أوجب الأجر على المستأجر... إلخ".

استأجر رجلا ليذهب بحمولة[1] إلى موضع كذا بكذا، فلما سار نصف الطريق بدأ للحمال أن يذهب، فترك الحمولة على المستأجر ثمة، وطلب نصف الأجر، قال له: ذلك إذا كان الباقى من الطريق مثل الأول فى السهولة، هكذا ذكر فى الفتاوى، وقد ذكرنا فى فصل الاستصناع: أن العبرة فى قسمة الأجر لقدر المراحل لا للسهولة والصعوبة، فيتأمل عند الفتوى.

١٤١٧٩-قال فى "الأصل": ولو أن رجلا دفع إلى صبّاغ ثوبًا ليصبغه بعصفر بربع الهاشمى بدرهم، فصبغه يقفيز، فهذا على وجهين: إما إن صدّقه رب الثوب، أو كذبه، فإن صدقه صاحب الثوب فى ذلك، فصاحب الثوب بالخيار، إن شاء ترك الثوب عليه، وضمّن قيمة الثوب، وقد ذكرنا وجه ذلك فيما تقدّم، وإن شاء أخذ الثوب، وأعطاه ما زاد العصفر فيه مع الأجر، ولم يذكر أنه أراد به المسمّى، أو أجر المثل.

قال بعضهم: أراد به أجر المثل، وقال بعضهم: أراد به المسمّى من أجر، قال بعضهم: بأن يعطيه أجر المثل، يقول: بأن العمل وإن لم يصر معينًا من حيث الحقيقة بالزيادة، بل الزيادة تزيده جودة، لكن من حيث الحكم صار معيّنا لما كان لايتوصل إلا بزيادة غرم، ولها يثبت له الخيار، كما لو لم يكن فى العمل عيب من حيث الحقيقة، ولو تمكن فى العمل عيب من حيث الحقيقة، بأن خالف فى صفة المأمور به كان الجواب على ما عرف من الخلاف بين المشايخ رحمهم الله، فكذلك هذا.

وقال بعضهم: بأن أراد به المسمّى؛ لأنه لا عيب فى العمل المأمور به من حيث الحقيقة، لا يكون عطاء أجر المثل؛ لأن أجر المثل إنما يعطيه فى مثل ذلك الموضع ليدفع عن نفس ضرر العيب.

ثم قال: يعطيه ما زاد العصفر فى قيمة الثوب يريد به ما زاد العصفر فى قيمة الثوب من الثلاثة الأرباع لا قيمة ما زاد العصفر فيه؛ لأنه ضمن للربع بدلا، وهو الأجر، فلا يضمن مرة أخرى، ثم إنما يعرف قيمة ما زاد العصفر فيه، وهو أن يقوّم الثوب مصبوغًا بربع قفيز، ومصبوغًا بقفيز، فإن كانت قيمته مصبوغًا بربع قفيز عشرة، وقيمته مصبوغًا بقفيز اثنى عشر، علم أن الصبغ زاد فيه بقدر درهمين.

---

(١) هكذا فى الأصل وم، وكان فى ظ: "محمولاته".

فإن قيل: فى إيجاب قيمة ما زاد الصبغ فيه إيجاب قيمة العمل؛ لأن قيمة ما زاد الصبغ فى أن يقوم مصبوغًا وغير مصبوغ، وفى تقويمه مصبوغًا وغير مصبوغ اعتبار قيمة العمل، والعمل لا يتقوم من غير عقد، ولا شبهة عقد.

والجواب عنه: أن قيمة ما زاد الصبغ فيه بدل الصبغ من حيث الحكم، لا قيمة العمل؛ لأن إيجاب قيمة الثوب مزايلا متعذّر؛ لأنه لا يعرف قيمة الثوب مزايلا قائمًا بالثوب؛ لأنه مخلوط بالماء، وإذا تعذر إيجاب قيمة الصبغ مزايلا أوجبنا قيمة ما زاد الصبغ فيه، واعتبرنا ذلك كله قيمة الصبغ.

والدليل عليه أن محمداً رحمه الله أوجب أجر المثل، حيث احتاج إلى إيجاب قيمة العم مع قيمة الصبغ، وهنا لما أوجب قيمة ما زاد الصبغ فيه، علمنا أنه جعل ذلك قيمة الصبغ مزايلا، ومنهم من قال: بأن الصباغ ملك رب الثوب[1] صبغًا معمولا وهو مال، فلا بد من أن يغرم قيمته كذلك على الوصف الذى ملكه، كمن بنى فى أرض رجل ورضى صاحب الأرض يأخذه، فإنه يغرم له قيمة البناء مبنيّا؛ لأن ملك ذلك البناء، وهو مبنى معمول، فلزمه قيمة بناء مبنى، فكذلك هذا، وإلى هذا ذهب الفقيه أبو بكر البلخى رحمه الله.

هذا إذا صدّقه فى الزيادة، فأما إذا كذبه فى الزيادة، فإنه أهل البصر من تلك الصناعة؛ لأنه أمكن معرفة ما وقع التنازع فيه لا من جهتهما، فلا يلتفت إلى قول واحد منهما، فإن قالوا: مثل هذا الصبغ قد يكون بربح قفيز، كان القول رب الثوب؛ لأن الظاهر معه، لكن مع يمينه بالله ما يعلم أنه زاد؛ لأنه لم يثبت من حيث إنه اليقين لم يزد فيه على الربع، وإن قالوا: لا يكون إلا بالقفيز صار الظاهر مع الصبّاغ مع اليمين؛ لأنه لم يثبت لا قالوا من حيث اليقين، فإن حلف ثبت الزيادة، وإن ثبتت الزيادة، كان الجواب فيه كالجواب فيما إذا صدّقه رب الثوب.

١٤١٨٠-الخيّاط إذا فرغ من الخياطة، وبعث الثوب على يدى ابنه، وهو ليس ببالغ، فطر الطراز منه فى الطريق، فإن كان الصبى عاقلا ضابطًا يمكنه حفظه، لا يضمن، وإن لم يكن ضابطًا، ولا يمكنه حفظه ضمن.

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم: "رب الأرض" وهو خطأ.

١٤١٨١-في "مجموع النوازل" سئل شمس الأئمة الأوزجندي رحمه الله: عن رجل استأجر رجلا ليوقد النار في المطمورة ليلة، ففعل ونام في بعض الليل، فاحترقت المطمورة وما فيها، هل يضمن الأجر، قال: لا، قيل له: فإن أوقد النار ثانيًا بغير أمر، هل يضمن؟ قال: نعم.

١٤١٨٢-رجل دفع عينًا إلى رجل على أنه إن شاء قبضه بالشراء، بكذا وإن شاء أخذه سنة بكذا، فقبض وهلك عنده إن هلك بعد الاستعمال، فهو على الإجارة، ولو قال: أردت الملك إن كانت قيمته مثل الأجر، أو أكثر قبل قوله، وإن كان الأجر أكثر لا يصدق، ولو لم يستعمله حتى هلك، فلا ضمان عليه؛ لأنه لم يقبضه على الضمان.

١٤١٨٣-في "مجموع النوازل": رجل يبيع شيئًا في السوق، فاستعان بواحد من أهل السوق على بيعه، فأعانه ثم طلب منه الأجر، فإن العبرة في ذلك لعادة أهل السوق، فإن كان عادتهم أنهم يعملون بأجر يجب أجر المثل، وإن كان عادتهم أنهم يعملون بغير أجر، فلا شيء له.

رجل قال لخيّاط: خط هذا الثوب لأعطيك أجرك، فقال الخياط: لا أريد الأجر، ثم خاطه، فلا أجر له.

١٤١٨٤-ولو أن صبّاغين آجر أحدهما آلة عمله من الآخر، ثم اشتركا في ذلك العمل إن كان أجره كل شهر بكذا، يجب الأجر في الشهر الأول، ولا يجب فيما بعده شيء؛ لأن الإجارة في الشهر الأول وقعت صحيحة، وإنما تنعقد في كل شهر بعده بدخول ذلك الشهر، والشركة سبقت ما وراء الشهر الأول، فمنعت انعقادها، فلا يجب أجر ما سوّى الشهر الأول من هذا الوجه.

وإن آجرها عشر سنين مثلا كل شهر بكذا، وجب أجر كل المدة؛ لأن الإجارة انعقدت على كل المدة في الحال، فلا تبطلها الشركة بعد ذلك.

١٤١٨٥-وإذا استأجر رجلا ليبني له في هذه الساحة بيتين ذي سقفين، أو ذي سقف واحد، وبيّن طوله وعرضه، وما أشبه ذلك، وفارسيته سكرد دادن، ذكر في فتاوى أبي الليث حمه الله: أنه لا يجوز، وينبغي أن يجوز إذا كان بآلات المستأجر للتعامل.

١٤١٨٦-وفى "مجموع النوازل": رجل دفع إلى سرّاج بعض آلات السرج، وأمره أن يتخذ له سرجًا بهذه الآلات، وبآلات أخرى يحتاج إليها من عند نفسه، وعلى أن يدفع إليه أجر عمله، وثمن الآلة، ودفع إليه عشرة دراهم، فلما أتمّ السرج استولى على السرج بعض الظلمة، وذهب به، قال: يسترد من السرّاج قيمة آلاته، وما دفع إليه من الأجر؛ لأن العمل لم يصر مسلّمًا إليه ولم يصر المستأجر قابضًا آلات السرج باتصال بآلاته؛ لأن يمكن تمييزه من غير ضرر، وهذه الإجارة فاسدة؛ لأنه لا تعامل فى السرج، بخلاف القلنسوة والخف؛ أن فيهما تعاملا.

وسئل شمس الإسلام الأوزجندى رحمه الله: عمّن دفع إلى طبيب جارية مريضة، وقال له: عالجها بمالك، فما تزداد من قيمتها بسبب الصحة، فالزيادة لك، ففعل الطبيب ذلك وبراءة الجارية، فللطبيب على المالك أجر مثل المعالجة، وثمن الأدوية والنفقة، وليس له سوى ذلك.

وسئل أيضًا: عمّن قال لطيّان: أصلح هذا الخراب بعشرة، فلما شرع فى العمارة ازداد الخراب، فاصلح الكل، فلا شىء له سوى العشرة، وسئل هو أيضًا عن رجل استأجر رجلا شهرًا، قال: لا يدخل يوم الجمعة فى العقد بحكم العرف.

وفى "مجموع النوازل": معلم طلب من الصبيّان ثمن الحصير، وصرف البعض إلى حاجة نفس، أو اشترى به الحصير، واستعمل فى المكتب زمانًا، ثم رفعه، وجعله فى بيته، هل يسعه ذلك؟ قال: نعم؛ لأن هذا فى الحقيقة غلبك من آباء الصبيّان للمعلمين.

وفيه أيضًا: دفع الرجل ولده الصغير إلى أستاذ ليعلمه حرفة، كذا فى أربع سنين، وشرط على الأب أنه لو حبس قبل أربع سني،ن فللأستاذ عليه مائة درهم، فحبسه بعد ثلاث سنين، فليس للأستاذ أن يطالب الأب بالمائة، ولكن يطالبه بأجر مثل عمله.

وقيل فى الصغير: يدفع شيئًا من المأكول إلى المعلم أن لا يحل للمعلم أكله، وقيل: يحل وهو الأصح؛ لأن الآباء والأمهات راضون بذلك.

١٤١٨٧-استأجر رجلا ليكتب له خطًا بالعربية، أو بالفارسية يطيب له الأجر، وكذا لو استأجرته امرأة ليكتب لها لى حبيبها، يجب الأجر، ويطيب له؛ لأنه بدل

كسبه[١] هذا إذا بيّن شرائط الجواز، بأن بيّن مقدار الخط، وما أشبه ذلك، أما إذا لم يبيّن كانت الإجارة فاسدة.

١٤١٨٨-استأجر ورّاقًا ليكتب له جميع القرآن، وينقطه، ويعجمه ويعشره، وأعطاه الكاغذ والحبر، وشرط له بدلا معلومًا، فأصاب الورّاق البعض، وأخطأ في البعض، فإن فعل ذلك في كل ورق، فله الخيار إن شاء أخذه، وأعطاه أجر مثل عمله، ولا يجاوز به ما سمّى، وإن سمّى وإن شاء ترك عليه، وأخذ منه قيمة ما أعطاه، وإن كان ذلك في بعض المصحف دون البعض يعطيه حصة ما أصاب من المسمّى، ويعطيه مثل عمله؛ لأنه وافق في البعض، وخالف في البعض، وقيل: في الصكاك إذا غلط في جميع حدوده، أو في بعضه، فإن لم يصلح، فلا أجر له، وإن أصلحه، فللآمر الخيار، وإن رضي به، فللكاتب أجر مثله.

١٤١٨٩-رجل له أجيران يعملان له عمل الزراعة ببقور له عيّن أحدهما بقرين، ولآخر بقرين، فاستعمل أحدهما غير ما عيّن له، فهلك ضمن المستعمل قيمته، وهل يضمن الآجر بالدفع؟ فقد قيل: يضمن، وقيل: لا يضمن؛ لأنه مودع في البقر، وقد دفع إلى من يقوم على الدواب، والقول الأول أصح، وأنه جواب ظاهر الرواية، وبه كان يفتي شمس الأئمة السرخسي رحمه الله.

١٤١٩٠-في "مجموع النوازل": رجل أودع عند رجل أحمالا من الطعام، ففرغ المودع الظروف، وجعل فيها طعامًا له، ثم إن المودع سأل المودع أن يردّ عليه أحماله، حتى يحمل إلى مكة، فدفع إليه طعام نفسه، ولم يعلمه به، فحملها المودع على إبله، حتى أتى مكة، كان للمودع أن يأخذ طعامه، ولا أجر عليه.

سئل شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: عمّن استأجر حمامًا في قرية مدة معلومة، فنفر الناس، ووقع الخلاء، ومضت مدة الإجارة، هل يلزم المستأجر الأجر؟ قال: إن لم يستطع الترفق بالحمام، فلا، وأجاب ركن الإسلام السغدي رحمه الله بلا مطلقًا، ولو بقي بعض الناس، وذهب البعض يجب الأجر، كذا أجابا.

١٤١٩١-وفي "مجموع النوازل": استأجر من آخر طاحونة ببدل معلوم على أن

---

(١) هكذا في الأصل وم، وكان في ظ: "كتبه".

عليه ما سمّى من الأجر أيام جريان الماء، وانقطاعه، فهذا الشرط، يخالف مقتضى العقد؛ لأن لا ينتفع بالرحى زمان انقطاع الماء، والأجرة بدل المنفعة، فيفسد[1] به العقد.

وفى "النوازل": سئل الفقيه أبو القاسم حمه الله عن طحان ركب فى الطاحونة حجرًا من ماله، واتخذ فيه حديدًا وأشياء أخر كلها من ماله، فانقضت مدة إجارته، هل له أن يرفع ذلك؟ قال: إن كان فعل ذلك بإذن صاحب الطاحونة على أن يرجع فى الغلة يرجع فيها، وإن فعل بغير أمره، إن كان غير مركب، فهو له، وإن كان مركبًا يدفع إليه قيمته.

١٤١٩٢-وفى "فتاوى الفضلى": وصى أو متولى آجر منزل اليتيم، أو منزل الوقف بدون أجر المثل، أيلزم المستأجر أجر المثل أم يصير غاصبًا بالسكنى؟ فلا يلزمه الأجر بالسكنى، ذكر ههنا أنه يجب على أصول علماءنا أن يصير غاصبًا، ولايلزمه الأجر؛ لأنه قال فى كتاب المزارعة: الوكيل يدفع الأرض مزارعة ذا دفعها مزارعة، وشرط للمزارع مالا يتغابن الناس فى مثله أن الوكيل يصير مخالفًا غاصبًا، ويصير الزارع غاصبًا، ولم يقل: إن هذه مزارعة فاسدة، فيحكم فيها بما يحكم فى المزارعة الفاسدة، قال: وذكر الخصاف فى كتابه: أن المستأجر لا يكون غاصبًا، ويلزمه أجر المثل، وجعل حكمه حكم الإجارة الفاسدة، فقيل له: أيفتى بما ذكره الخصاف؟ فقال: نعم.

وذكر بعد هذا أيضًا: أنه يلزم المستأجر أجر المثل بكماله؛ لأن الإجارة لو كانت من مالك المنزل، ولم يكن سمى الأجر فيها، كان يجب على المستأجر أجر المثل بالغًا ما بلغ، ولو كان سمّى فيها، وجب الأجر، ولا يزاد على المسمى، فالزيادة على المسمى إنما لم تجب؛ لأن المؤاجر أبطلها بالتسمية، فالوصى والقيّم أيضًا لو لا يسميان فيها الأجر، يجب فيها أجر المثل بالغا ما بلغ، فإذا سمّيا الأجر لو لم تجب الزيادة على المسمى، لكان سقوط الزيادة لإبطالهما إياها بالتسمية، وليس لهما إلى إبطالها سبيل، فيجعل كأن التسمية لم توجد فى الزيادة، فوجب.

وذكر قبل هذا: إذا آجر منديلا لابنه الصغير بدون أجر المثل، فقد روى الخصاف فى كتابه عن بعض أصحابنا أنه يلزم المستأجر أجر المثل.

---

(١) وفى م: "فينفذ" وهو خطأ.

١٤١٩٣-قال القاضي الإمام علي السغدي رحمه الله: لو غصب إنسان دار صبي، قال بعض الناس: يجب عليه أجر المثل، فما ظنّك في هذا، وهكذا فيمن غصب الوقف، قال بعضهم: يجب أجر المثل، قال الفضلي: والذي يصح عندي أن المستأجر يصير غاصبًا عندي من يرى غصب الدور، ويجب جميع المسمى عنده، أما عند من لا يرى غصب الدور، فعلى مذبه جميع المسمى لازم له على كل حال، وكان الشيخ الإمام ظهير الدين يفتي بوجوب أجر المثل في أرض الوقف في الغصب، وفي أرض الصبي لا، ومن المشايخ رحمهم الله من يفتي بوجوب أجر المثل إلا إذا كان ضمان النقصان خيرًا لليتيم وللوقف، وهكذا فيمن سكن دارًا له، أو حانوتًا له، وذلك معدّ للجارة، يجب أجر المثل إلا إذا كان اللنقصان خيرًا له.

وفي "فتاوى الفضلي" أيضًا: آجر منزلا إجارة طويلة، وهذا المنزل موقوف عليه، كان وقف والده عليه وعلى أولاده أبدًا ما تناسلوا، وأنفق المستأجر في عمارة هذا المنزل بعض النفقات بأمر المؤاجر، فإن لم يكن للمؤاجر ولاية في الوقف، كان غاصبًا، ولم يكن على المستأجر إلا المسمى، وذلك للمواجر يتصدق به، وإن كانت له ولاية في الوقف، فعلى المستأجر أجر المثل في المدة التي كانت في يده لا عبرة لما سمى من قليل الأجر في السنين الأُول، ويرجع المستأجر بالذي أنفق في غلة الوقف إذا كان للمؤاجر ولاية في الوقف، وإلا فهو متطوع فيما أنفق، لا يرجع به على المؤاجر، ولا في غلة الوقف؛ لأنه إذا لم يكن له ولاية صار وجود الأمر منه كعدمه، ولو أنفق بدون أمره لا يرجع ذلك على أحد، كذا هنا، هكذا ذكر ههنا، وقد ذكرنا فيما تقدم أن مكتري الحمار إذا أمر غيره أن ينفق على الحمار المكتري الذي بقي في الطريق، ففعل إن كان المأمور يعلم أن الحمار لغير الآمر، فهو متطوع، لا يرجع بما أنفق على أحد إلا أن يكون الآمر ضمن له النفقة، وإن كان لايعلم أن الحمار لغير الآمر، فليس بمتطوع، فكذا في مسألة البناء في الوقف بأمر الآجر يجب أن يكون الجواب على ذلك التفصيل.

١٤١٩٤-مريض أجر داره من رجل بدون أجر المثل يعتبر من جميع المال؛ لأن حق الورثة لايتعلق بالمنافع، وما لا يتعلق به حق الورثة فالمريض والصحيح فيه على السواء.

١٤١٩٥-استأجر حانوتًا موقوفًا على الفقراء، وأراد أن يبنى على غرفة من ماله، وينتفع بها من غير أن يزيد فى أجرة الحانوت على قدر ما استأجره، فإنه لا يطلق له البناء إلا أن يزيد فى أجره، فحينئذ يبنى على مقدار ما لا يخاف على البناء القديم من ضرر، وإن كان هذا حانوتًا يكون معطلا فى أكثر الأوقات، وإنما رغب فيه المستأجر لأجل البناء عليه، فإنه يطلق فى ذلك من غير زيادة فى الأجر؛ لأن فيه مصلحة الوقف.

رجل استأجر حجرة موقوفة من أوقاف المسجد، ويكسر فيها الحطب بالقدوم والجيران لا يرضون بذلك، والمتولى يرضى به، فإن كان فى ذلك ضرر بين الحجرة مثل القصارة والحدادة، والمتولى يجد من يستأجرها بذلك الأجر، فعليه أن يمنعه من ذلك، فإن لم يمتنع أخرجه من الحجرة وآجرها من غيره، وإن كان غيره لايستأجر بتلك الأجرة، فالقيّم يتركها فى يده، إلا إذا خاف تلف بناء الوقف من ذلك العمل.

١٤١٩٦-وفى "فتاوى الفضلى": متولى الوقف أجر ضيعة الوقف من رجل سنين، ثم مات الآجر، ثم مات المستأجر قبل انقضاء المدة، ودفع المستأجر عليه الضيعة، فإن كانت الغلة زرعًا زرعها الورثة ببذرهم، كانت الغلة لهم، وعليهم ما نقصت الزراعة الأرض، يصرف ذلك لى مصالح أرض الوقف لا حق للموقوف عليهم الأرض فى ذلك؛ لأن هذا النقصان إنما وجب لنقصان فى عين الأرض، وحق الموقوف عليهم فى منفعة الأرض لا فى عينها، وإنما وجب نقصان الأرض دون الأجر؛ لأن الإجارة قد انفسخت بالموت، وصارت الورثة بالزراعة بعد ذلك غاصبين، فوجب النقصات دون الأجر لهذا.

وفى "النوازل": سحة بين يدى حانوت لرجل فى الشارع، فآجرها من رجل يبيع الفاكهة كل شهر بدرهم، فما يأخذ من الأجرة، فهو للعاقد؛ لأنه غاصب، وفى الغصب الأجرة للعاقد.

قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: هذا إذا كان ثمه بناء، أو دكان؛ لأن بذلك يصير غاصبًا، أما بدونه لا يصير غاصبًا؛ لأن غصب العقار عندهما لا يتحقق، وعندى أن الصحيح هو الأول؛ لأن عندهما الغصب إنما لا يتحقق فى العقار فى حق حكم الضمان، أما فيما وراء ذلك يتحقق، ألا ترى أن فى حق الرد يتحقق فكذا فى حق

استحقاق الأجرة.

١٤١٩٧-رجل استأجر أرضًا، وانفسخت الإجارة بينهما بمضى المدة، أو بالفسخ قبل مضى المدة، وفى الأرض زرع، والزرع بقل، فالزرع للمستأجر، فإن أبرأ المستأجر الآجر عن جميع الخصومات والدعاوى، ثم بعد ذلك أردك الزرع، ورفع الآجر الغلة، وادعى المستأجر الغلة، وخاصم الآجر فيها، هل يسمع دعواه؟ فقد قيل: يسمع دعواه، وقد قيل لا يسمع دعواه، وهو الأشبه.

وكذلك لو كان الآجر دفع الغلة أولا، ثم أبرأه المستأجر عن الدعاوى، لايصح دعوى المستأجر الغلة، وهذا إذا جحد الآجر أن الزرع زرعه، فأما إذا كان مقرّا أن الزرع للمستأجر يؤمر بالرد عليه، وعلى هذا إذا أبرأ أحد الورثة الباقين، ثم ادعى التركة وجحد باقى الورثة التركة، لا يسمع دعواه، ولو أقروا بالتركة يؤمرون بالرد عليه.

استأجر طاحونة وآجرها من غيره، فانهدم بعضه، فقال المستأجر الأول للثانى: أنفق فى عمارة هذه الطاحونة، فأنفق هل يرجع بذلك على المستأجر الأول؟ إن علم الثانى أنه مستأجر، وليس بمالك، لا يرجع، وإن ظنه مالكًا فيه روايتان، فى رواية لا يرجع ما لم يشترط الرجوع، وفى رواية يرجع بدون الشرط.

دار فيها بئر استأجر رجل الدار، فله أن يتوضأ بذلك الماء ويشرب.

١٤١٩٨-استأجر حجرة كل شهر ببدل معلوم، وغاب وترك امرأته فى الدار، فليس للآجر أن يخرجها؛ لأنه ليس له أن يفسخ الإجارة من غير محضر من صاحبه، والحيلة فى ذلك أن يؤاجر هذه الدار من إنسان فى بعض الشهور، فإذا مضى ذلك الشهر تنفسخ الإجارة الأولى، وتنعقد الثانية، وكان للمستأجر الثانى أن يخرج المرأة من الدار.

وإذا استأجر من آخر دارًا، ثم إن الآجر وهب له أجر شهر رمضان، إن استأجرها سنة جاز الهبة عند محمد رحمه الله؛ لأنه أبرأه بعد وجوب سبب الوجوب، وإن استأجرها كل شهر لا تجوز الهبة عند محمد رحمه الله إلا إذا دخل شهر رمضان.

١٤١٩٩-استأجر دارًا وبنى فيها حائطا من تراب، كان فيها بغير أمر صاحب الدار، ثم أراد الخروج وأراد نقض الحائط، هل له ذلك ينظر إن كان اتخذ من التراب لبنًا، وبنى الحائط من اللبن، فله ذلك، وعليه قيمة التراب؛ لأن باتخاذ اللبن صار اللبن

ملكًا له، فله أن يأخذ ملك نفسه، وإن كان بنى الحائط من الطين كه باجره زده باشد فليس له أن ينقض الحائط؛ لأن بالنقض يعود على ملك المالك؛ لأنه يصير ترابًا.

١٤٢٠٠-رجل اشترى شجرة وقطعها، واستأجر أرضًا ليضع فيها الأشجار حتى يبس، والمستأجرة لها طريق فى أرض رجل آخر، فأراد مشترى الأشجار أن يمر فى الأرض التى فيها طريق إلى الأرض المستأجرة بخشبه وحمولاته، وأراد صاحب الأرض أن يمنعه من ذلك ليس له أن يمنعه؛ لأنه يحتاج إلى الإخراج، والإخراج يكون بطريقة، وطريقة هذا، وبه ختم كتاب الإجارات بعون الله تعالى وحسن توفيقه، والحمد لله رب العالمين، وصلى الله على محمد وآله أجمعين وسلّم.

كتاب القضاء

هذا الكتاب يشتمل على ثلاثة وثلاثين فصلا :

الفصل الأول : فى بيان من يجوز له تقليد القضاء منه .

الفصل الثانى : فى الدخول فى القضاء .

الفصل الثالث : فى ترتيب الدلائل للعمل بها .

الفصل الرابع : فى اختلاف العلماء فى اجتهاد الصحابة .

الفصل الخامس : فى التقليد والعزل .

الفصل السادس : فى بعض التقليد وما يقع للقاضى نفسه ، وحكم الأمراء .

الفصل السابع : فى جلوس القاضى ومكان جلوسه .

الفصل الثامن : فى أفعال القاضى وصفاته .

الفصل التاسع : فى رزق القاضى وهديته ودعوته .

الفصل العاشر : فى بيان ما يكون حكمًا وما لا يكون حكمًا ، وما يبطل به الحكم بعد وقوعه صحيحًا ، ولا يبطل .

الفصل الحادى عشر : فى العدوى .

الفصل الثانى عشر : فيما يقتضى للقاضى بعلمه ، وفى القضاء بشهادة أقل من الاثنين .

الفصل الثالث عشر : فى القاضى يجد فى ديوانه شيئًا لا يحفظ وفى نسيانه قضاه وفى الشاهد يرى شهادة ولا يحفظ .

الفصل الرابع عشر : فى القاضى يقضى بقضية ثم بدا له أن يرجع عنه ، وفى وقوع القضاء بغير حق .

الفصل الخامس عشر : فيما ذا وقع القضاء بشهادة الزور ، ولم يعلم القاضى به .

الفصل السادس عشر : فى القضاء بخلاف ما يعتقده المحكوم له أو المحكوم عليه، وفيه بعض مسائل الفتوى .

الفصل السابع عشر : فى أقوال القاضى، وما ينبغى للقاضى أن يقول وما لا ينبغى .

الفصل الثامن عشر : فى قبض المحاضر من ديوان القاضى المعزول .

الفصل التاسع عشر : فى القضاء فى المجتهدات .

الفصل العشرون : فيما يجوز فيه قضاء القاضى وما لا يجوز .

الفصل الحادى والعشرون : فى الجرح والتعديل .

الفصل الثانى والعشرون : فيما ينبغى للقاضى أن يضعه على يدى عدل .

الفصل الثالث والعشرون : فى الرجلين يحكمان بينهما حكمًا .

الفصل الرابع والعشرون : فى كتاب القضاة إلى القضاة .

الفصل الخامس والعشرون : فى اليمين .

الفصل السادس والعشرون : فى إثبات الوكالة والوراثة وفى إثبات الدين .

الفصل السابع والعشرون : فى الحبس والملازمة .

الفصل الثامن والعشرون : فيما يقضى به القاضى، ويرد قضاءه وما لا يرد .

الفصل التاسع والعشرون : فى بيان ما يحدث بعد إقامة البينة قبل القضاء .

الفصل الثلاثون : فى بيان من يشترط حضرته لسماع الخصومة والبيّنة، وحكم القاضى وما يتصل بذلك .

الفصل الحادى والثلاثون : فى نصيب الوصى والقيّم وإثبات الوصية عند القاضى .

الفصل الثانى والثلاثون : فى القضاء على الغائب والقضاء الذى يتعدى إلى غير المقضى عليه، وقيام بعض أهل الحق عن البعض فى إقامة البينة .

الفصل الثالث والثلاثون : فى المتفرقات .

الفصل الأول
في بيان من يجوز له تقليد القضاء منه

١٤٢٠١-قال الخصّاف في "أدب القاضي": إنما يجوز تقليد القضاء لمن كان عالـمًا بالكتاب والسنة واجتهاد الرأي؛ لأن القاضي مأمور بالقضاء بحق، قال الله تعالى: ﴿يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الأَرْضِ فَاحكُم بَينَ النَّاسِ بِالْحَقّ﴾[1] وإنما يمكنه القضاء بالحق إذا كان عالـمًا بالكتاب والسنة واجتهاد الرأي.

أما العلم بالكتاب والسنة؛ فلأن الاجتهاد في موضع النص باطل، فكان العمل بالنص في موضع النص متعينًا، وإنما يمكنه العمل بالنص إذا كان عالـمًا به.

وأما اجتهاد الرأي، فلأن النصوص معدودة، والحوادث ممدودة، والإنسان لا يجد في كل حادثة نصًّا يفصل به تلك الحادثة، فيحتاج إلى استنباط المعنى من النصوص عليه، وإنما يمكنه ذلك إذا كان عالـمًا باجتهاد الرأي، وعندنا العلم بالأدلة شرط الأولوية، وليس شرط جواز تقليد القضاء حتى لو قلد جاهل، وقضى هذا الجاهل بفتوى غيره يجوز، والصحيح مذهبنا؛ لأن المأمور في حق القاضي القضاء بالحق والقضاء بما أنزل الله والقضاء بفتوى الغير قضاء بالحق، وبما أنزل الله تعالى.

والخصاف لم يشترط العدالة، وصاحب "كتاب الأقضية" أبو جعفر شرط العدالة، وكذلك الخصاف شرط العدالة، وهي شرط لازم عند الشافعي رحمه الله، وهكذا روى عن أصحابنا في غير رواية الأصول، وبه أخذ مشايخنا رحمهم الله، حتى لو قلد القضاء وهو غير عدل، لا يصير قاضيًا، وعلى ظاهر رواية أصحابنا العدالة شرط الأولوية، وهو اختيار عامة مشايخنا رحمهم الله، حتى إن الأولى أن لا يقلد الفاسق، ومع هذا لو قلّد يصير قاضيًا اعتبارًا للقضاء بالشهادة، فإن الأولى أن لا تقبل شهادة الفاسق، ومع هذا لو قبلت وقضى بها نفذ القضاء.

---

(١) سورة ص: الآية ٢٦.

ولو قلد القضاء وهو عدل، ثم فسق، فعلى قول الشافعي رحمه الله: ينعزل وإشارات محمد رحمه الله في الكتاب متعارضة في بعضها يشير إلى أنه ينعزل، وبه أخذ بعض مشايخنا، وفي بعضها يشير إلى أنه لا ينعزل، ولكن به يستحق العزل، وبه أخذ عامة المشايخ رحمهم الله إلا إذا شرط في التقليد أنه متى جار ينعزل، فحينئذٍ ينعزل لانتاء الأمر نهايته لا بالجوار.

وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: إن كان عدلا حين قلده السلطان، ثم فسق ينعزل، وإن كان فاسقًا حين قلّده يصير قاضيًا، وهذا لأنه إذا كان عزلا يوم قلّده، فإنما قلده اعتمادًا منه على عدالته، فيتقيد التقليد بحال عدالته، ولا يبقى التقليد بعد ارتفاع العدالة، وإذ قلده وهو غير عدل، فلم يعتمد على عدالته، فصح التقليد، ثم من شرط العدالة في القضاء يحتاج إلى الفرق بين القضاء والإمارة، فإن الإمام يصير إمامًا، وإن كان فاسقًا، وإذا كان عدلا، ثم فسق لا يخرج عن الإمارة والإمامة.

والفرق أن مبنى الإمارة على السلطنة والغلبة، ألا ترى أن من الأمراء من قد غلب، وجار حكامه، وصلّى خلفه أصحاب رسول الله ﷺ، ومبنى القضاء على الأمانة والعدالة، فإذا بطلت العدالة بطل القضاء ضرورة، هذا بيان من يجوز له تقليد القضاء، جئنا إلى بيان من يجوز تقلد القضاء منه، فنقول: يجوز تقلد القضاء من السلطان العادل والجائر.

أما من السلطان العادل: فظاهر، وأما من السلطان الجائر: فلأن الصحابة تقلدوا الأعمال من معاوية بعد ما أظهر الخلاف مع علي رضي الله عنه، والحق مع علي رضي الله عنه في نوبته وتقلدوا من يزيد مع جوده، وفسقه والتابعين تقلدوا من حجاج بعد ما تبين من الحجاج، ومع أنه كان أفسق أهل زمانه، حتى قال الحسن البصري: لو جاءت كل أمة بخبيثاتها، وجئنا بأبي محمد لغلبناهم، ولكن إنما يجوز تقلد القضاء من السلطان الجائر إذا كان يمكنه من القضاء بحق، ويخوض في قضاياه بشرّ، ولا ينهاه عن تنفيذ بعض الأحكام، كما ينبغي، إما إذا كان لا يمكنه من القضاء بحق، ويخوض في قضاياه بشر، ولا يمكنه من تنفيذ بعض الأحكام كما ينبغي، لا يتقلد منه، قال القاضي الإمام أبو جعفر رحمه الله -وهو صاحب "كتاب الأقضية"-: بعض بعد ما بيّن أهلية القضاء، ولا ينبغي

لأحد أن يفتي للناس إلا من كان هكذا، يريد به أن المفتي ينبغي أن يكون عدلا عالـمًا بالكتاب والسنة واجتهاد الرأي.

أما اشتراط العلم بهذ الأشياء، فلأن المفتي بفتواه يبين أحكام الشرع، وإنما يمكن بيان أحكام الشرع، إذا علم بالأدلة الشرعية، وأما اشتراط العدالة ليؤمن عليه، قال: إلا أن يفتي بشيء قد سمعه، فإنه يجوز، وإن لم يكن عالـمًا بما ذكرنا من الأدلة؛ لأنه حاكي ما سمع من غيره، فهو بمنزلة الراوي في باب الأحاديث، فيشترط فيه ما يشترط في الراوي من العقل والضبط والعدالة، الفهم على ما عرف في موضعه -والله أعلم بالصواب-.

الفصل الثانى
فى الدخول فى القضاء

أورد الخصّاف فى "أدب القاضى" أحاديث فى كراهة الدخول فى القضاء وفى الرخصة فيه .

قال وقد دخل فيه قوم صالحون، وامتنع عن قوم صالحون، وترك الدخول أمثل وأسلم وأصلح فى الدين، وهذا فصل اختلف فيه المشايخ رحمهم الله أن بعد استجماع شرائط القضاء فى الشخص هل يجوز له تقلده القضاء؟ قال بعضهم : يكره له التقلد، ألا يرى كيف امتنع عنه أبو حنيفة رحمه الله حتى ضرب ثلاث مرات فى كل مرة ثلاثين سوطًا، وألا ترى أن محمد رحمه الله كيف أباه حتى قيد نيفًا وخمسين يومًا، وفى رواية : نيفًا أوربعين يومًا، وقال بعضهم : له أن يتقلد إذا كان يمكنه القيام بحقه، ألا ترى أن الأنبياء عليهم السلام اشتغلوا به حتى نبينا عليه السلام والصحابة رضى الله عنهم اشتغلوا به؛ ولأن القضاء لإظهار سنة رسول الله ﷺ وإحياء شريعته، ولهذا يطلق على القاضى اسم خليفة رسول الله ﷺ بلا خلاف .

وإن اختلفوا أنه هل يطلق عليه اسم خليفة الله، وفيه إيصال الحق إلى مستحقه، وفيه نصرة المظلومين، وكل ذلك حسن عقلا وشرعًا، وقال بعضهم : من قلد بغير مسألة، فلا بأس بالقبول، ومن سأل يكره له ذلك، وهذا لأن من سأل، فقد اعتمد على نفسه، ووكل إليه، ومن أجبر عليه فقد اعتمد على الله، ومن يتوكل على الله، فهو حسبه .

١٤٢٠٢-والذى عليه عامة المشايخ رحمهم الله : أن الدخول فى القضاء رخصة، والامتناع عنه عزيمة، أما الدخول رخصة لما ذكرنا أن فيه إيصال الحق إلى المستحق، وفى نصرة المظلومين .

أما الامتناع عنه عزيمة لوجهين : أحدهما : أن القاضى مأمور بالقضاء بحق،

وعسى يظن فى الابتداء أنه يقضى بحق، ثم لا يقضى فى الانتهاء بحق، والثانى: أنه عسى لا يمكنه القضاء إلا بإعانة غيره، وذلك الغير عسى لا يعينه على القضاء، ولكن هذا إذا كان فى البلد قوم صالحون للقضاء، أما إذا لم يكن فى البلد قوم يصلحون للقضاء سواه، يدخل القضاء لامحالة؛ لأنه لو لم يدخل ربما تقلد الجاهل، فيضيع أحكام الله تعالى، وعلى هذا حكم الإثم، إذا كان فى البلد قوم يصلحون للقضاء، وامتنع واحد منهم لا يأثم، وإذا لم يكن فى البلد من يصلح للقضاء إلا واحد، وامتنع هو يأثم، وإذا كان فى البلد قوم يصلحون للقضاء، فامتنعوا جملة عن القضاء، فإن كان الوالى بحيث يفصل الخصومات بنفسه، كما ينبغى، فإنهم لا يأثمون، وإن كان الوالى بحيث لا يفصل الخصومات بنفسه كما ينبغى، فإنهم يأثمون؛ لأنهم ضيّعوا حقوق الله تعالى وحقوق العباد، فإنهم يشتركون فى الإثم -والله أعلم بالصواب-.

الفصل الثالث
في ترتيب الدلائل للعمل بها

قال: ينبغي للقاضي أن يقضي بما في كتاب الله تعالى، وينبغي أن يعرف ما في كتاب الله تعالى من الناسخ والمنسوخ؛ لأنه إنما يجب العمل بالناسخ دون المنسوخ، وينبغي أن يعرف من الناسخ ما هو محكم، وما هو متشابه، وفي تأويله اختلاف، كالإقراء، فإن الله تعالى نصّ على الإقراء في مضي المدة، وقد اختلف العلماء في تأوليا، فمنهم من جعلها عبارة عن الحيض، ومنهم من جعلها عبارة عن الأطهار، فينبغي أن يعرف المتشابه، وما فيه اختلاف العلماء ليرجح قول البعض على البعض باجتهاده، فإن لم يجد في كتاب الله تعالى يقضي بما جاء عن رسول الله ﷺ، قال الله تعالى: ﴿مَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُم عَنهُ فَانتَهُوا﴾[1]، وينبغي أن يعرف الناسخ من المنسوخ من الأخبار؛ لما ذكرنا أنه يجب العمل بالناسخ دون المنسوخ.

فإن اختلفت الأخبار يأخذ بما هو الأشبه، ويميل اجتهاده إليه، يجب أن يعلم المتواتر والمشهور، وما كان من خبر الآحاد؛ لأن المتواتر واجب العمل به قطعًا، يكفر جاحده، والمشهور واجب العم به، إلا أنه لا يكفّر جاحده، ولكن يخشى عليه المأثم، وما كان من خبر الآحاد يخطئ جاحده، ويجب أن يعلم مراتب الرواة، فإن منهم من عرف بالفقه والعدالة، كالخلفاء الراشدين، والعبادلة وغيرهم، ومنهم من لم يُعرف، ومنهم من عُرف بطول الصحبة، وحسن الضبط.

والأخذ برواية مَن عُرف بالفقه أولى من الأخذ برواية من لم يُعرف بالفقه، وكذلك الأخذ برواية من عرف بطول الصحبة أولى من الأخذ برواية من لم يُعرف بطول الصحبة.

وإن كانت حادثة لم يرد فيها سنة رسول الله ﷺ، يقضي فيها بما اجتمع عليه الصحابة رضي الله عنهم؛ لأن العمل بإجماع الصحابة رضي الله عنهم واجب، فإن كان

(١) سورة الحشر: الآية ٧.

الصحابة رضى الله عنهم فيها مختلفين يجتهد فى ذلك، ويرجّح قول بعضهم على البعض باجتهاده إذا كان أهل الاجتهاد، وليس له يخالفهم جميعًا باختراع قول ثالث لأنهم مع اختلافهم اتفقوا على ما عدا القوين باطل، وكان الخصاف رحمه الله يقول له ذلك؛ لأن اختلافهم يدل على أن للاجتهاد فيه مجال، والصحيح ما ذكرنا.

ولا يفضل قول الجماعة على قول الواحد، قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله: وهذا على أصل أبى حنيفة رحمه الله، أما على أصل محمد رحمه الله: يفضل قول الجماعة على قول الواحد، وقد ذكر محمد رحمه الله فى "السير الكبير" فى مسألة. قال أهل العراق وأهل الحجاز: هكذا، وقال أهل الشام: كذا، فأخذنا بقول أهل العراق وأهل الحجاز لكثرتهم، ولانتفاء التهمة عن قولهم.

١٤٢٠٣-ثم الإجماع ينعقد بطريقين: أحدهما: اتفاق كل الصحابة على حكم بأقوالهم، وهذا متفق عليه، والثانى: تنصيص البعض ويكوت الباقين، بأن اشتهر قول البعض وبلغ الباقون ذلك، فسكتوا ولم ينكروا ذلك، وهذا مذهبنا، وإنما كان كذلك؛ لأنه لو كان عند الباقين خلاف ذلك لما حل لهم السكوت، فيحمل سكوتهم على الموافقة حملا لأمرهم على ما يحمل[1] لهم شرعًا، ولكن هذا الإجماع فى المرتبة دون الأول؛ لأن الأول مجمع عليه، والثانى مختلف فيه، فإن وجد من كل الصحابة اتفاق إلا واحدًا، فإنه خالفهم، فعلى قول الكرخى رحمه الله: لا يثبت حكم الإجماع، وهو قول الشافعى رحمه الله، والصحيح عندنا أنهم أن سوّغوا له الاجتهاد لا ينعقد الإجماع مع مخالفه[2]، نحو خلاف ابن عباس رضى الله عنهما فى زوج وأبوين[3]، قال للأم ثلث جميع المال، وإن لم يسوّغوا له الاجتهاد، بل أنكروا عليه ذلك يثبت حكم الاجتماع بدون قوله، نحو خلاف ابن عباس فى ربا النقد، فإن الصحابة لما أنكروا عليه يثبت الإجماع بدون قوله حتى لو قضى قاضى بجواز بيع الدرهم بالدرهمين، لا ينفذ قضاءه.

١٤٢٠٤-وحكى عن القاضى الإمام أبى حازم رحمه الله: أن الخلفاء

---

(١) هكذا فى الأصل وم وكان فى ظ: يحل.

(٢) هكذا فى ظ وكان فى الأص وم: مخالفته.

(٣) وكان فى الأص: فى زوج وابن ابن.

الراشدين رحمهم الله إذا اتفقوا على شيء، لا يلتفت إلى خلاف ما خالفهم حتى لم يعتبر خلاف زيد فى توريث ذوى الأرحام، وأمر المعتصم برد الأموال التى اجتمعت من تركات ذوى الأرحام، فقال له أبو سعيد البردعى رحمه الله: هذا شيء يفتى فيه على قول زيد، فقال أبو حازم رحمه الله: لايعتبر خلاف زيد فى مقابلة الخلفاء الراشدين، ولكن الصحيح ما ذكرنا، فإن جاء حديث من واحد من الصحابة رضى الله عنهم، ولم ينقل عن غيره خلاف ذلك، فعن أبى حنيفة رحمه الله ثلاث روايات، فى رواية قال: أقلد منهم من كان من القضاة المفتين؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «اقتدوا بالذين من بعدى أبى بكر وعمر رضى الله عنهما»[1].

وقد اجتمع فى حقهما القضاء والفتوى، فمن كان مثلهما كعثمان وعلى رضى الله عنهما، والعبادلة الثلاثة وزيد بن ثابت ومعاذ بن جبل رضى الله عنهم، ومن كان بمثابتهم أقلّدهم، ولا أستجيز خلافهم، وفى رواية قال: أقلّد جميع الصحابة رضى الله عنهم إلا ثلاثة، منهم أنس بن مالك وأبو هريرة وسمرة ابن جندب رضى الله عنهم، أما أنس فقد بلغنى أن اختلط عقله فى آخر عمره، وكان يستفتى من علقمة، وأنا لا أقلد علقمة، فكيف أقلد من يستفتى علقمة.

وأما أبو هريرة رضى الله عنه فإنه لم يكن من أئمة الفتوى، بل كان من الرواة، وفيما كان يروى كان لا يتأمل فى المعنى، وكان لا يعرف الناسخ والمنسوخ، ولأجل ذلك حجر عليه عمر رضى الله عنه الفتوى فى آخر عمره.

وأما سمرة بن جندب ضى الله عنه فقد بلغنى عنه أمر سائى، والذى بلغ عنه أنه كان يتوسع فى الأشربة المسكرة سوى الخمر، وكان يتدلك فى الحمام بالتمر، فلم يقلدهم فى فتواهم لهذا.

أما فيما رووا عن النبى ﷺ أنه كان يأخذ بروايتهم؛ لأن كل واحد منهم موثوق به فيما يروى، وفى رواية قال: أقلّد جميع الصحابة، ولا أستجيز خلافهم، وهو الظاهر من المذهب، فقد قال فى كتاب الحيض: أقل الحيض ثلاثة أيام، وأكثره عشرة أيام، بلغنا

(١) أخرجه الحميدى فى "مسنده" (٤٤٩) وعبد الله بن أحمد فى "السنة" (١٣٦٦)، والبيهقى فى "الكبرى" (١٦٣٦٨)، والطبرانى فى "الأوسط" (٣٨١٦)، وفى "مسند الشاميين" (٩١٣)، والبيهقى فى "الاعتقاد" (١/ ٣٤٠)، والهيثمى فى "الزوائد" (٩/ ٥٣).

ذلك عن أنس بن مالك رضى الله عنه .

١٤٢٠٥-وقال فى كتاب الأيمان : إذا نذر بذبح ولده يصح نذره عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ، بلغنا نحو ذلك عن ابن عباس رضى الله عنهما ، وقال فى شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن : إنه لا يجوز ، بلغنا ذلك عن عائشة رضى الله عنها ، ونظائره فى الكتب كثيرة ، وهذا لأنهم كانوا لا يفتون جزافًا ، وإنما كانوا يفتون سماعًا ، أو اجتهادًا ، فإن كان سماعًا يلزمنا اتباعهم ، وهذا ظاهر ، وإن كان اجتهادًا فكذلك ؛ لأنهم صحبوا رسول الله ﷺ ، وعاينوا وشهدوا فى التنزيل ، وشهد لهم رسول الله ﷺ بالخيرية بقوله : خير القرون قرنى الذى أنا فيهم ، فيوفقون للصواب بسبب صحبة رسول الله ﷺ ، ولكونهم خير القرون ما لا يوفق غيرهم ، ولأنهم عرفوا طريق رسول الله ﷺ فى بيان الأحكام ، وشاهدوا الأحوال التى نزلت فيها النصوص والمحال التى يتغير باعتبارها الأحكام ، فيكون رأيهم أقوى ، واجتهادهم أصوب .

١٤٢٠٦-وإن اجتمعت الصحابة رضى الله عنهم على حكم ، وخالفهم واحد من التابعين، إن كان المخالف ممّن لم يدرك عهد الصحابة رضى الله عنهم لا يعتبر خلافه ، حتى لو قضى القاضى بقوله ، بخلاف إجماع الصحابة رضى الله عنهم ، كان باطلا ، وإن كان ممن أدرك عهد الصحابة رضى الله عنهم وزاحمهم فى الفتوى ، وسوّغوا له الاجتهاد ، كشريح والنخعى والشعبى رضى الله عنهم ، لاينعقد الإجماع مع مخالفته ، ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله : لايثبت إجماع الصحابة فى الأسعار ؛ لأن إبراهيم النخعى كان يكره ، وهو ممن أدرك عد الصحابة رضى الله عنهم ، وسوغوا له الاجتهاد حتى زاحمهم فى الفتوى ، فقد جعلوه كواحد منهم ، فصار خلافه كخلاف واحد منهم ، فإن كانت حادثة ليس فيها إجماع الصحابة رضى الله عنهم ، ولا قول واحد من الصحابة ، ولكن فيه إجماع التابعين ، فنه يقضى بإجماعهم ؛ لأن إجماع التابعين حجة .

قال الله تعالى : ﴿وَمَن يُشَاقِقِ الرَسُولَ مِن بَعدِ مَا تَبَيّنَ لَهُ الهُدَى﴾[1] الآية ، وخلاف إجماعهم اتباع غير سبيل المؤمنين ، إلا أن إجماع التابعين فى كونه حجة دون إجماع الصحابة رضى الله عنهم ؛ أن بعض الناس قالوا : إجماعهم ليس بحجة ، إنما ذلك

---

(١) سورة النساء : الآية ١١٥ .

للصحابة، وكذلك إجماع كل فريق بعد ذلك حجة، ولكنه دون الأول فى كونه حجة.

وإن كان حادثة فيها اختلاف بين التابعين يجتهد القاضى فى ذلك ذا كان من أهل الاجتهاد، ويقضى بما هو أقرب للصواب، وأشبه بالحق وليس له أن يخالفهم جميعًا باختراع قول ثالث عندنا على نحو ما ذكرنا فى الصحابة رضى الله عنهم، وإن جاء عن بعض التابعين، ولم ينقل عن غيرهم فى شى، فعن أبى حنيفة رحمه الله فى روايتان: فى رواية: قال: لا أقلدهم، هم رجال اجتهدوا، ونحن رجال نجتهد، وهو ظاهر المذهب.

وفى رواية "النوادر": قال: من كان منهم أفتى فى زمن الصحابة رضى الله عنهم، وسوّغوا له الاجتهاد، ومثل شريح ومشروق بن الأجدع والحسن، فأنا أقلّدهم، وهذا لأن من أفتى فى زمن الصحابة، وسوغوا له الاجتهاد، فقد جعلوه كواحد منهم، فإن لم يجد عنهم إجماعًا يعمل بإجماع من بعدهم إن كان فى الزمان الذى هو فيه، وهذا لأن إجماع كل عصر حجة بالنص الذى تلونا، ولقوله ﷺ: «إن الله لا يجمع أمتى على الضلالة»، فإن لم يجد فى ذلك إجماعًا، وكان فيه اتفاق بين أصحابنا أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد رحمهما الله، يأخذ بقولهم، ولا يسعه أن يخالفهم برأيه؛ لأن الحق لا يعدوهم، فإن أبا يوسف رحمه الله كان صاحب حديث، حتى روى عنه أنه قال: أحفظ عشرين ألف حديث من المنسوخ، وإذا كان يحفظ هذا من المنسوخ فما ظنك من الناسخ، وكان صاحب فقه ومعنى، ومحمد رحمه الله كان صاحب فقه ومعنى، وكان صاحب قريحة أيضًا، ولهذا قلّ فى المسائل رجوعه، وكان مقدمًا فى اللغة والعراب، ول معرفة بالحديث أيضًا، وأبو حنيفة رحمه الله كان مقدمًا فى هذا كله إلا أنه قلت: روايته لمذهب تفرد به فى باب الحديث، وهو أنه إنما يحل رواية الحديث لمن يحفظ من حين يسمع إلى أن يروى، وإن اختلفوا فيما بينهم.

قال عبد الله بن المبارك: يأخذ بقول أبى حنيفة رحمه الله لا محالة؛ لأنه كان فى زمن التابعين وزاحمهم فى الفتوى، وقد شهد رسول الله ﷺ لهم بالخيرية، فالظاهر أنه يوافق للصواب ما لا يوفق غيره، والمتأخرون من مشايخنا رحمهم الله اختلفوا بعضهم قالوا: ذا اجتمع اثنان منهم على شىء، وفيهما أبو حنيفة رحمه الله يأخذ بقول أبى حنيفة رحمه الله، وإن كان أبو حنيفة من جانب، وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله من جانب،

فإن كان القاضى من أهل الاجتهاد، يجتهد، وإن لم يكن من أهل الاجتهاد، يستفتى غيره، ويأخذ بقول المفتى بمنزلة العامى.

وبعضهم قالوا: إذا كان القاضى من أهل الاجتهاد، يعمل برأيه، ويأخذ بقول الواحد، ويترك قول المثنى، سواء كان فى المثنى أبو حنيفة أو لم يكن، وإن كان أبو حنيفة رحمه الله أعلى رتبة؛ لأنه قد يرزق الرجل الصواب، وإن كان غير أعلى رتبة، فإن إدراك الصواب فضل يرزقه الله تعالى من عباده من يشاء، وإن لم يكن من أهل الاجتهاد، يأخذ بقول أبى حنيفة رحمه الله، ولا يترك مذهبه؛ لأنه أفقه عنده من غيره، فلا يترك متابعته.

وإن اختلف المتقدمون على قولين، ثم أجمع من بعدهم على أحد هذين القولين، فهذا الإجماع هل يرفع الخلاف المتقدم، فقد قيل على أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهماالله: لايرفع، وعلى قول محمد رحمه الله: يرفع.

وذكر الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسى رحمه الله: أنه يرفع الخلاف المتقدم بلاخلاف بين أصحابنا رحمهم الله، وإنما يخالفنا فى ذلك بعض العلماء على ما يأتى بيانه بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

١٤٢٠٧-وإن اتفق أهل عصر على قول، وانقرضوا فخرج هذا القاضى عن قولهم، وقضى بخلاف قولهم: لما رأى أن الصواب بخلافه، فإن كان قد سبق هذا الاتفاق اختلاف العلماء، فعند اختلف المشايخ رحمهم الله فيه بعضهم، قالوا: لا يسع الخلاف، وبعضهم قالوا يسع، فإن لم يسبق هذا الاتفاق اختلاف لا يسعخ الخلاف بالاتفاق بقى الكلام بعد هذا فى تفسير الاجتهاد، وفى أهلية الاجتهاد، أما تفسيره فالاجتهاد بذل المجهود لطلب المقصود.

وأما أهله فأهل الاجتهاد من يكون عالمًا بالكتاب والسنة والآثار، ووجوه الفقه، ويشترط مع ذلك أن يكون صاحب قريحة يعرف عرف الناس وعاداتهم ومعاملاته، فالعرف قد يغلب على القياس، كما فى الاستصناع، والحكم قد يتغير بتغير العصر والزمان، ويشترط مع ذلك أن يكون عالمًا بلغة العرب؛ لأن القرآن والأخبار جاءت بلغتهم.

قال الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسى رحمه الله: إذا كان يحفظ المبسوط،

وأقوال المتقدمين له أن يجتهد، قال: وإذا كان في البلد قوم من أهل الفقه شاورهم في ذلك؛ لأن القاضي لا يكون أفطن في نفسه من رسول الله ﷺ، ورسول الله ﷺ أمر بالمشاورة، قال الله تعالى: ﴿وَشَاوِرهُم فِي الأمرِ﴾[1] وقال النبي ﷺ من العزم أن يستشير ذا رأي، ثم يطيعه، وقال النبي ﷺ: «المستشير مصيب -أو قال: كاد أن يصيب-» وشاور رسول الله ﷺ أبا بكر وعمر رضي الله عنما في شيء فسكتا مهابة منه، فقال عليه السلام قولا، فإني فيما لم يوح إلى مثلكهما؛ ولأن بالمشاورة تجتمع الآراء، وظهور الحق عند اجتماع الآراء أبين[2]، ولهذا قيل: في المشاورة تلقيح العقول، فإذا شاورهم، واتفق رأيه، ورأيهم على شيء حكم به؛ لأن لما اتفق رأيه ورأيهم صار ذلك كالإجماع، والإجماع من جملة الحجج.

وإن كان وقع الاختلاف بين هؤلاء الذين شاورهم، نظر إلى أقرب الأقاويل من الحق، وأمضى على ذلك باجتهاده إذا كان من أهل الاجتهاد، ولا يعتبر في ذلك كبر السن، ألا ترى أن عمر رضي الله عنه كان شاور[3] ابن عباس رضي الله عنهما، وكان يقو له غصّ يا غوّاص، وكان يأخذ بقوله وعمر كان أكبر سنا منه، وكذلك لايعتبر لكثرة العدد، فالواحد قد يوفق للصواب ما لا يوفق الجماعة، ولأجل ذلك قبلنا شهادة الواحد على رؤية الهلال إذا كانت السماء متغيمة، وينبغي أن يكون هذا قول أبي حنيفة رحمه الله، أما على قول محمد رحمه الله: يعتبر كثرة العدد على ما مر قبل هذا.

وإن لم يقع اجتهاد على شيء، وبقيت الحادثة مختلفًا فيها ومشكلة عليه كتب إلى فقهاء غير المصر الذي وفيه فالمشاورة بالكتاب سنة قديمة في الحوادث الشرعية.

وروى عن ابن مسعود وأبي موسى الأشعري رضي الله عنهما: أنهما كانا يكتبان إلى عمر رضي الله عن، يستشيرانه، وعمر كان يكتب إلى ابن مسعود رضي الله عنه يستشيره، وكان ابن سماعة يكتب إلى محمد رحمه الله، وهذا لأن المشورة من الغائب بالكتاب بمنزلة المشورة من الحاضر بالخطاب.

---

(١) سورة آل عمران: الآية ١٥٩.

(٢) هكذا في "ظ و "م، وكان في الأصل: ويظهر الحق عند اجتماع الرأيين.

(٣) هكذا في ظ وم وكان في الأصل: كان يشاور.

فإن اتفق الذين كتب إليهم القاضى على شىء، ورأى القاضى يوافق رأيهم، وهو من أهل الرأى والاجتهاد أمضى ذلك برأيه وإن اختلفوا، وأيضًا فيما بينهم نظر إلى أقرب الأقوال عند من الحق إذا كان أهل الاجتهاد، وإن لم يكن القاضى من أهل الاجتهاد فى هذه الصورة، وقد وقع الاختلاف بين أهل الفقه أخذ يقول: من هو أفقه، وأورع عنده، كذا ههنا؛ لأنه بمنزلة العامى، والعامى إذا استفتى فى حادثة، وقد وقع الاختلاف فيما بين الفقهاء أخذ بقول من هو أفقه عنده، كذا ههنا.

وإذا كان القاضى شاور قومًا من أهل الفقه، فاتفقوا على شىء، ورأى القاضى بخلاف رأيه لا ينبغى للقاضى أن يترك رأى نفسه، ويقضى برأيهم؛ لأن عنده أن هؤلاء على الخطأ، ولا متابعة فى الخطأ.

فإن قيل: إذا كان لا يأخذ برأيهم، فأى فائدة فى المشورة؟ قلنا: احتمال انضمام غيره إلى رأيه، فيقوى بذلك رأيه، إلى هذا أشار عبيدة السلمانى حين قال: على اتفق رأى وبرأى عمر فى أمهات الأولاد أن لا يبعن، ثم رأيت بعد ذلك أن يبعن، فقال عبيدة: رأيك مع رأى عمر خير من رأيك وحده، أشار إلى أن عند اجتماع الرأيين يحدث زيادة قوة.

وإن شاور القاضى رجلا واحدًا كفى، ولكن مشاورة الفقهاء أحوط، فإن شاور ذلك الرجل إلى شىء ورأى القاضى بخلاف رأيه، فالقاضى لا يترك رأى نفسه؛ لما قلنا.

فإن اتهم القاضى رأيه لما أن ذلك الرجل أفضل وأفقه عنده لم يذكر هذه المسألة ههنا.

وذكر فى كتاب الحدود، وقال: لو قضى برأى ذلك الرجل أرجو أن يكون فى سعة من ذلك، وإن لم يتهم القاضى رأيه لا ينبغى له أن يترك رأى نفسه، ويقضى برأى غيره لما قلنا، ولو ترك رأى نفسه، وقضى برأى غيره، هل ينفذ قضاءه سيأتى الكلام فيه بعد هذا إن شاء الله تعالى وحده العزيز.

الفصل الرابع
فى اختلاف العلماء فى اجتهاد الصحابة فى زمن رسول اللّه ﷺ

يجب أن يعلم بأن العلماء اختلفوا فى هذا الفصل على ثلاثة أقوال منهم من قال: ما كان له أن يجتهد؛ لأنه كان يمكن أن يرجع إلى رسول الله ﷺ، فيسأله فكان الاجتهاد فى ذلك الزمان اجتهاداً فى موضع النص وأنه باطل.

ومنهم من قال من كان يبعد عن رسول الله ﷺ، كان له الاجتهاد، ومن يقرب من رسول الله ﷺ لما كان له الاجتهاد، ومنهم من قال: كان له الاجتهاد مطلقًا، ويستدل هذا القائل بما روى عن رسول الله ﷺ أنه قال لأبى بكر وعمر رضى الله عنهما قولا: فإنى فيما لم يوحَ إلىّ مثلكما، وقال النبى ﷺ، لعمر اقض بين هذين، فقال على ماذا، فقال عليه الصلاة والسلام: «على أنك إن أصبت فلك أجران وإن أخطأت فلك أجر واحد»[1].

واختلفوا أيضًا أن رسول الله ﷺ هل كان مجتهد فيما لم يوحَ إليه، ويفصل الحكم باجتهاده؟ بعضهم قالوا: ما كان يجتهد، بل كان ينتظر الوحى، ومنهم من قال: كان يرجع فيه إلى شريعة من قبله؛ أن شرعة من قلبنا شريعة لنا ما لم يعرف نسخه.

ومنهم من قال: كان لا يعمل بالاجتهاد إلى أن ينقطع طمعه عن الوحى، فإذا انقطع حينئذٍ كان يجتهد، فإذا اجتهد صار ذلك شريعة له، فإذا نزل الوحى بخلافه يصير ناسخًا له، ونسخ السنة بالكتاب جائز عندنا، وكان لا ينقض ما أمضى بالاجتهاد، وكان يستأنف القضاء فى المستقبل -والله أعلم-.

---

(١) ذكره الهيثمى فى "مجمع الزوائد" (٤/ ١٩٥)، والحافظ فى "التلخيص" (٤/ ١٨٠)، والشوكانى فى "النيل" (٩/ ١٦٤)، ونسبه إلى "المستدرك" للحاكم.

الفصل الخامس
فى التقليد والعزل

١٤٢٠٨-ذكر الخصاف رحمه الله فى "أدب القاضى" فى باب القاضى : يقضى بعلمه إذا قلّد السلطان رجلا قضاء بلدة كذا، لا يصير قاضيًا فى سواد تلك البلدة ما لم يقلده قضاء تلك البلدة، ونواحيها، ويكتب فى رسمه ومنشوره : أنا قلدنا بلدة كذا ونواحيها، حتى يصير قاضيًا فيهما جميعًا.

وهذا الجواب إنما يستقيم على رواية النوادر؛ لأن على رواية "النوادر" المصر ليس بشرط لنفاذ القضاء، فأما على ظاهر الرواية المصر شرط لنفاذ القضاء، فلايصير مقلدًا على القرى، وإن كتب فى منشوره ذلك.

وإذا علّق السلطان القضاء والإمارة بالشرط، أو أضافهما إلى وقت مستقبل، بأن قال لرجل : ذا قدمت بلدة كذا فأنت قاضيها، إذا أتيت مكة، فأنت أمير الموسم، أو قال : جعلتك قاضيًا رأس الشهر، أو قال : جعلتك أمير رأس الشهر، فذلك جائز.

والأصل فيه ما رُوى أن رسول الله ﷺ بعث جيشًا، وأمّر على زيد بن حارثة، وقال : إن قتل زيد فجعفر أميركم، وإن قتل جعفر فعبد الله بن رواحة أميركم.

وأما تعليق الحكومة بين اثنين بالشرط، وإضافتها إلى وقت فى المستقبل، ففيه خلاف بين أبى يوسف ومحمد رحمهما الله، وسيأتى بيانه فى باب التحكيم -إن شاء الله تعالى- ويجوز تعليق عزل القاضى بالشرط إليه أشار فى "أدب القاضى" للخصاف فى باب موت الخليفة، والمذكور ثمّة إذا كتب الخليفة إلى القاضى : إذا وصل كتابى إليك فأنت معزول، فوصل إليه الكتاب انعزل؛ لأن هذا عزل معلق بالشرط، وقد وجد الشرط.

١٤٢٠٩-وإذا قلّد السلطان رجلا قضاء يوم يجوز، ويتأقت بهذا الوقت، وإذا قيّده بالمكان يجوز، ويتقيد بذلك المكان أيضًا، ذكر شمس الأئمة السرخسى رحمه الله

فى شرح كتاب الصلح فى باب الحكمين، وأنه معقول؛ لأنه إنابة فيثبت بقدر ما أنابه، وللمقلد فى هذا التقليد فائدة؛ لأنه عسى يخوف النائب فى موضع آخر، ولا يمكنه الخيانة فى ذلك الموضع، وربما يكون أقدر على إحضار الخصوم وتنفيذ الأحكام فى ذلك الموضع، فعلى هذا لو قلد القاضى إنابة نائبه بمسجد معين، لايكون للنائب أن يقضى فى مسجد آخر.

وإذا استقضى الصبى، ثم أدرك ليس له أن يقضى بذلك الأمر فى باب الجمعة من صلاة المنتقى، رواه إبراهيم عن محمد رحمه الله، والعبد إذا استقضى، ثم أعتق كان له أن يقضى بذلك الأمر.

والفرق أن العبد أهل حقيقة، فيصح تقليده إلا أنه لم يجز حكمه لقيام الرق، فإذا زال الرق بالعتق فقد زال المانع من نفاذ حكمه من غير تقليد جديد، ولا كذلك الصبى، وسيأتى فصل العبد بخلاف هذا فى فصل التحكيم -إن شاء الله تعالى-.

وفى "فتاوى المنتقى"[1]: سئل عن سلطان مات، واتفقت الرعية على ابن صغير له، جعلوه سلطانًا، ما حال القضاة والخطباء، وتقليده إياهم مع عدم ولايته، قال: ينبغى أن يكون الاتفاق على والٍ عظيم، فيصير سلطانًا له، ويكون التقليد منه، وهو يعد نفس تبعًا لابن السلطان، ويعظم لشرفه، ويكون السلطان فى الحقيقة هو الوالى.

١٤٢١٠-وفى "نوادر هشام" عن محمد رحمه الله فى قاضٍ أو والى ارتد عن الاسلام - والعياذ بالله - أو عمى، أو فسق، ثم تاب، أو أبصر، أو أسلم، فهو على عمله، وهكذا روى داود بن رشيد عن محمد رحمه الله، وفى رواية هشام زيادة وهى وإن كان قضى بقضاء فى حال فسقه، ثم صلح أبطلته، قال هشام: قلت لمحمد رحمه الله: والى من ولاة المسلمين ولى قاضيًا مشركًا يقضى بين المسلمين، ثم أسلم، قال: هو قاضى على حاله، ولا يحتاج إلى تولية ثانية.

وروى هشام عن محمد رحمه الله: النصرانى إذا استقضى، ثم أسلم لم يجز حكم فى "كتاب الأقضية" فى باب الحكمين، القاضى إذا ارتد عن الإسلام خرج عن القضاء والحكم إذا ارتد عن الإسلام خرج عن الحكومة.

---

(١) وكان فى الأصل: النسفى.

وعن الحسن بن زيادة عن أبي حنيفة رحمه الله : لا ينبغي أن يستقضى فاسق، ولا مرتشي، ولا آكل ربا، ولا ينبغي أن يستقضى شارب خمر، ولا صاحب مغيبات، ولايستقضى ذميين أهل الذمة، ولا تستقضى المرأة على حال، فإن كان ما ذكر في حق المرأة جواب الحكم لا جواب الأولوية، فهذه الرواية مخالفة لظاهر الرواية، وستأتي مسألة المرأة بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

١٤٢١١-وإذا أمر السلطان غلامًا من غلمانه على بلدة، وأمره بنصب القاضي جاز له نصيب القاضي بطريق النيابة من السلطان، ويصير نصب الغلام بأمر السلطان، كنصب السلطان بنفسه.

وإذا قال الخليفة لوالي بلدة: حركه رائے بايدت قضاء تقليد كن، وعربيت: قلّد من شئت صحّ، ولو قال: كسى را قضاء تقليد كن، وعربيته: قلّد أحدًا لايصح، وهو نظير الموكل إذا قال للوكيل، وكل من شئت صحّ، ولو قال: وكل أحدًا لا يصح، وإذا قال السلطان لأمير من أمراءه فلان ولايت تو دادم، أو قال: ترا دادم لا يملك تقلد القضاء؛ لأنه لايراد بمثل هذا الكلام في المتعارف تفويض الأمور الشرعية، وإنما يراد به تفويض الأمور الحسية، وتخليص أموال تلك البلدة من الخيانات، وغير ذلك.

وإن جعله أميرًا على بلدة، وجعل خراجها له، وأطلق له التصرف في الرعية على العموم، كما يقتضيه الإمارة، فله أن يقلد، وأن يعزل؛ لأنه لما فرض إليه أمور هذه البلدة مطلقًا، أو على العموم، فقد قام مقام السلطان، فكان له أن يقلد وأن يعزل كالسلطان، وههنا دقيقة مروية عن أبي يوسف رحمه الله تأتي في الفصل الذي يلي هذا الفصل.

١٤٢١٢-وإذا قال السلطان لرجل: جعلتك قاضيًا، ولم يعين بلدة، وللسلطان بلاد كثيرة، لاشك[1] أن لا يصير قاضيًا على البلاد كلا، وهل يصير قاضيًا على البلدة التي هو فيها، فقد قيل: لا يصير، وقيل: يصير، وهو الأظهر والأشبه، وإذا اجتمع أهل بلدة على رجل، وجعلوه قاضيًا يقضي فيما بينهم لا يصير قاضيًا، ولو اجتمعوا على رجل، وعقدوا معه عقد السلطنة، أو عقد الخلافة، يصير خليفة وسلطانًا.

١٤٢١٣-وإذا قلّد السلطان رجلا قضاء بلدة، واستثنى من ذلك سماع خصومة

(١) هكذا في الأصل وم وكان في ظ: لا نشك.

رجل بعينه، أو استثنى نوعًا من أنواع الخصوم صحّ التقليد، والاستثناء، ولا يصير قاضيًا في المستثنى وهذا لأن التقليد إنابة، فإنما يثبت بقدر ما أناب، وعلى ذا إذا قال السلطان للقاضي: لا تسمع خصومة فلان حتى أرجع من سفري، لا يجوز للقاضي أن يستمع خصومته قبل رجوع السلطان عن السفر، ولو سمع وقضى لاينقد قضاءه؛ لأنه أخرج خصومة فلان عن ولايته في الانتهاء، فيعتبر بما لو أخرجها في الابتداء بالاستثناء وذلك صحيح، فههنا كذلك.

السلطان إذا قال لرجل: جعلتك قاضيًا، فليس له أن يستخلف إلا إذا أذن له بذلك صريحًا، ولو قال له جعلتك قاضي القضاة، فله أن يستخلف، وإن لم يأذن بذلك صريحًا؛ لأن قاضي القضاة هو الذي يتصرف في القضاة عزلا وتقليدًا.

وكان القاضي الإمام شمس الإسلام الأوزجندي رحمه الله يقول: إذا كتب السجل من الحاكم ينبغي أن يكتب فيه خليفة الحكم من قبل فلان وفلان مأذون بالاستخلاف بحكم المثال الصحيح من جهة فلان.

١٤٢١٤-إذا قال السلطان[1] للرجل: جعلتك نائبي في القضاء بشرط أن لا ترتشي ولا تشرب الخمر، ولا تمتثل أمر أحد على خلاف الشرع، فالتقليد صحيح، والشرط صحيح، وإذا فعل شيئًا من ذلك لا يبقى قاضيًا؛ لأن تقدير هذا الكلام أنت نائبي ما دمت لا تشرب، ولاترتشي، ولا تمتثل أمر أحد على مخالفة الشرع[2]، فهذا تقليد مؤقت معنى، ومثل هذا التقليد صحيح، فإذا وجد الوقت ينتهي التقليد.

السلطان إذا قال: قلّدت قضاء بلدة كذا، أو عمروا لا يصح؛ لأن هذا تقليد للمجهول.

المرأة فيما تصلح شاهدة تصلح قاضية؛ لأن القضاء من باب الولاية كالشهادة، ذكره الخصاف رحمه الله في آداب القاضي في باب القاضي يستخلف رجلا، وما يجوز له من ذلك.

١٤٢١٥-إذا وقع القضاء في حادثة بحق فأمر السلطان القاضي أن يسمع تلك

---

(١) وفي م: القاضي مكان: السلطان.

(٢) وفي م: على خلاف الشرع.

الحادثة ثانيًا بحضرة فلان، لا يفترض على القاضي ذلك؛ لأنه لا فائدة فيه.

أهل البغي إذا غلبوا على بلاد أهل العدل، فالقضاة قضاة على حالهم ما لم يعزلهم الباغي، فإذا عزلهم خرجوا عن القضاء حتى لو انهزم البغاة بعد ذلك لاينفذ قضاءه ما لم يقلدهم سلطان أهل العدل ثانيًا؛ لأن الباغي صار سلطانًا بحكم القهر، ألا ترى أن تقلد القضاء من يجوز، فيصح العزل منه.

١٤٢١٦-السلطان إذا قلد رجلا قضاء بلدة فيها قاضي، ولم يعزل الأول صريحًا إن قيل ينعزل الأول، فلا وجه؛ لأن تقليد قاضيين في مصر واحد غير معتاد، فيتضمن تقليد الثاني عزل الأول، وإن قيل: لا ينعزل الأول، فله وجه، وهو الأظهر والأشبه؛ لأنه لا تنافي بينهما، ألا ترى أن السلطان من الابتداء لو قلد رجلين قضاء بلدة يجوز.

وللسلطان أن يعزل القاضي، ويستبدل مكان أخر لريبة ولغير ريبة؛ لأن للسلطان ولاية عامة، فيملك التقليد والتصرف في أي زمان أراد، وقد صحّ عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال: لا يترك القاضي عن القضاء أكثر من سنة؛ لأنه لايتفرغ للتعليم والتعلم حال اشتغاله القضاء فينسى العلم.

١٤٢١٧-السلطان إذا عزل قاضيًا لا ينعزل ما لم يصل إليه الخبر حتى لو قضى بقضايا بعد العزل قبل وصول الخبر إلي جاز قضاياه، وهو نظير الوكيل إذا عزل لاينعزل قبل وصول الخبر إليه، وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا ينعزل، وإن علم يعزله حتى يقلد غيره مكانه، ويقدم صيانة لحقوق العباد، واعتبر بإمام الجمعة إذا عزل، وهذا إذا حصل العزل مطلقًا، فأما إذا حصل العزل معلقًا بشرط وصول الكتاب إليه، لا ينعزل ما لم يصل إليه الكتاب، علم بالعزل قبل وصول الكتاب إليه، أو لم يعلم، ورواية أبي يوسف رحمه الله يتأتى ههنا.

١٤٢١٨-وإذا مات الخليفة، وله قضاة وأمراء وولاة، فهم على حالهم قضاة وأمراء وولاة، رواه هشام وداود بن رشيد عن محمد رحمهم الله، وليس هذا كالوكالة.

١٤٢١٩-إذا عزل السلطان القاضي انعزل نائبه بخلاف ما إذا مات القاضي حيث لاينعزل نائبه، هكذا قيل، وينبغي أن لا ينعزل النائب بعزل القاضي؛ لأن نائب السلطان أو نائب العامة؛ ألا ترى أنه لا ينعزل بموت الخليفة، وعليه كثير من المشايخ رحمهم الله، وإذا عزل السلطان نائب القاضي لا ينعزل القاضي -والله أعلم بالصواب- .

الفصل السادس

فيه بعض مسائل التقيد، وما يقع القاضى بنفس وحكم السلطان والأمراء

١٤٢٢٠-قال أبو حنيفة رحمه الله : إذا غلب الخوارج على بلدة، واستقضوا عليها قاضيًا من أهل البلدة ليس من الخوارج، ثم غلب عليهم أهل العدل يمضى قاضى أهل العدل من قضاياه كل ما يختلف فيه الفقهاء، قال محمد رحمه الله : ولا يجوز قضاء أهل الخوارج وشهادتهم علل، وقال : لأنهم إذا خرجوا، فقد استحلوا دماءنا وأموالنا.

وفى "أدب القاضى" للخصاف : إذا كان القاضى من أهل البغى لا تنفذ قضاياه، وأشار فى "كتاب الأقضية" إلى أنه تنفذ قضاياه، فإنه قال : هو بمنزلة فسّاق أهل العدل، وقد ذكرنا أن الفاسق يصلح قاضيًا على أصح الأقاويل.

وفى "واقعات الناطفى" : الإمام إذا لم يكن عادلا، فأحكامه جائزة، فإن كثيراً من العلماء تقلدوا الأعمال والقضاء من معاوية مع أن كان جائرًا، وكان فى الصحابة من هو أفضل منه.

وفى "فتاوى أهل سمرقند رحمهم الله" : إذا كان الأمير الذى يولى القضاء جائرًا لم يجز حكمه، ويجوز حكم قضاءه، وسيأتى من أبى يوسف رحمه الله ما يؤكد هذا القول، والصواب ما ذكرنا فى "واقعات الناطفى" : أن حكم الإمام جائز، وإن كان جائرًا.

السلطان إذا قضى بين اثنين، ذكر فى شهادات "فتاوى أبى الليث رحمه الله" قول بعض المشايخ رحمهم الله : إنه لا يجوز، وذكر الخصاف فى "أدب القاضى" : أنه يجوز، ومسألة الواقعات التى مرّت تشهد لقول الخصاف، والصحيح ما ذكر الخصاف؛ لأن القاضى استفاد الولاية من جهة السلطان، وتقلد القضاء منه، فمن المحال أن ينفذ من القاضى، ولا ينفذ من السلطان.

وفى "المنتقى" : عن أبى يوسف رحمه الله : الأمير إذا كان تولّى القضاء من قبله،

فقضى ذلك الأمير، أو كتب إلى القاضى، فهو جائز إذا كان عدلا، وإذا كان جائزًا فلا، فهذه الرواية عن أبى يوسف رحمه الله يؤكد ما ذكر الخصاف من نفاذ قضاء الأمير، ويؤكد ما ذكر فى "فتاوى أهل سمرقند رحمهم الله" من عدم جواز حكم الأمير إذا كان جائزًا، وإذا كان القاضى من قبل الخيفة لا من قبل الأمير، فليس للأمير أن يقضى، ولو قضى لا ينفذ قضاءه.

١٤٢٢١-قال هشام رحمه الله: سمعت أبا يوسف رحمه الله يقول: إذا كان القاضى من الأصل، يعنى من الخليفة، ثم مات، فليس للأمير أن يولى قاضيًا، وإن كان أميرًا لعشرها وخراجها؛ لأنه قد عزل عنه الحكم حيث كان القاضى من الأصل، وإن حكم هذا الأمير، لم يجز حكم.

وكذلك إن ولى هذا الأمير قاضيًا من قبل من قبله لم يجز حكمه، وإن جاء هذا القاضى الذى ولاّه هذا الأمير كتاب الخليفة إليه من الأصل، لا يكون ذلك إمضاء للقضاء، وإذا كان للقاضى خصومة على إنسان، أو كان لغيره على خصومة، فترافعا إلى خليفة هذا القاضى، فقضى خليفة القاضى لقاضى، أو عليه، اختلف المشايخ رحمهم الله فيه، قال بعضهم: لايجوز، وقال بعضهم: يجوز، وجه هذا القول: إن خليفة القاضى ليس بنائب عن القاضى ليصير حكم خليفة لحكم القاضى، بل هو نائب عن الله، أو عن جماعة المسلمين، ألا ترى أنه لاينعزل بموت القاضى، فيجوز حكمه له وعليه، وقد صح أن عليًا رضى الله عنه قلّد شريحًا رضى الله عنه، وخاصم عنده فى حادثة.

١٤٢٢٢-وذكر الخصاف فى "أدب القاضى": لو أن قاضيًا قضى للإمام الذى ولاه بقضية، أو قضى عليه جاز ذلك، وكذلك لو قضى لولد الإمام، أو والده أو زوجته، وكذلك قاضى القضاة لو خوصم إلى قاضى ولاّه، فقضى له، أو عليه جاز.

وكذلك لو أن الإمام ولّى قاضيًا على مثل خراسان، وأمره أن تولى قضاه على الكور، ففعل ثم خاصم القاضى الأعلى إلى بعض من ولاه، فقضاءه جائز له وعليه، وسيأتى فى الفصل الذى يلى هذا الفصل ما يؤكد هذا القول، والذى يشهد للقول الأول ما ذكر هشام فى "نوادره"، قال: سألت محمدًا رحمه الله عن قاضٍ، وجبت له الشفعة قبل رجل، فلم يعطِها إياه وجحد، والوالى الذى فى بلاده ليس ممن يولى القضاء، كيف

يصنع؟ قال : ينبغى للوالى أن يقول لهما : اختارا رجلا يحكم بينكما ، قلت : فإن أبى الرجل ذلك أيجبر على ، قال : نعم ، فقد أشار محمد رحمه الله إلى التحكيم فى هذه الصورة ، ولو جاز حكم الخليفة للقاضى لا حاجة إلى التحكيم .

قال هشام رحمه الله سألته عن قاضى البلدة إذا مات وواليها ممن لا يولى القضاة ، أ يجبر الخصوم على رجل يحكم بينهم؟ قال : أما كل شىء يحتاج فيه إلى أن يرجع المقضى عليه إلى آخر ، فلا يجوز ، ولا يجبر عليه ، وأما ما كان من قرض ، أو غصب يجبر عليه .

١٤٢٢٣-وفى "المنتقى" : إذا خاصم ابن القاضى غيره إلى أو خاصم غيره ابنه إليه ينظر فيه ، فإن توجه القضاء على ابنه يقضى على ابنه ، وإن توجه لابنه يتركما ، ويقول لهما : اختصما إلى غيرى -والله أعلم بالصواب- .

الفصل السابع
فى جلوس القاضى ومكان جلوسه

١٤٢٢٤-قال الخصاف رحمه الله فى "أدب القاضى" : قال أبو حنيفة رحمه الله : وينبغى للقاضى أن يجلس للحكم فى المسجد الجامع، وبيّن المعنى، فقال: لأنه أشهر المجالس، ومعناه: أن فى المصر الغرباء وأهل البلدة، فينبغى أن يختار للجلوس موضعا و أشهر المواضع حتى لا يخفى على أحد مجلسه، والمسجد الجامع فى كل موضع أشهر المواضع.

قال الشيخ الإمام فخر الإسلام على البزدوى رحمه الله : هذا إذا كان المسجد الجامع فى وسط البلدة، أما إذا كان فى طريق من البلدة، ينبغى أن يختار مسجداً آخر فى وسط البلدة، كيلا يلحق لبعض الخصوم زيادة مشقة بالذهاب إلى طرف البلدة، وإن جلس فى مسجد حيه، فلا بأس به، كذا روى عن بعض السلف أنهم كانوا يجلسون فى مساجد حيّهم، وكذلك إن جلس فى بيته لا بأس به.

قال فخر الإسلام رحمه الله : هذا إذا كان مسجد حيه، أو بيته فى وسط البلدة، فأما إذا كان فى طرف من البلدة يختار مسجداً فى وسط البلدة، أو يختار مسجد السوق؛ لأنه أشهر.

قال الخصاف رحمه الله فى "أدب القاضى" أيضًا : وإذا دخل المسجد لا بأس بأن يسلم على الخصوم، فقد صحّ أن شريحًا رضى الله عنه كان يسلم على الخصوم، وهذا لأن السلام سنة متبعة، والقاضى بسبب قضاءه لا يمتنع عن سائر السنن، كصلاة الجنازة وعيادة المريض، فكذا عن هذه السنة، والمراد من السلام المذكور التسليم العام، إذ لا ينبغى له أن يسلم على أحد الخصمين؛ لأن الذى سلّم على القاضى قد يجترئ على صاحبه، فيطمع الجور فى القاضى.

واختلف المشايخ رحمهم الله فى التسليم العام، ذكر الخصاف رحمه الله : أنه لا

بأس به، وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: عليه أن يسلم؛ أن التسليم سنة متبعة، ولا يجوز ترك السنة لأجل العلم، وهذا القائل يقول: إن الأمير أو الوالى إذا دخل المسجد، فعليه أن يسلم ولا يسعه تركه.

ومنهم من قال: إن سلّم وسع ذلك، والأولى أن لا يسلم؛ لأن إذا سلّم، يرتفع الهيبة، وتقلّ الحشمة، فلا يسلم لتبقى الهيبة، وتكثر الحشمة، وهذا القائل يقول: الأمير أو الوالى إذا دخل المسجد فالأولى أن لا يسلم لما قلنا.

١٤٢٢٥-وإذا دخل المسجد، وجلس ناحية منه للفصل الخصومة، لا ينبغى له أن يسلم على الخصوم، ولا ينبغى للخصوم أن يسلموا عليه، أما لا ينبغى له أن يسلم؛ لأنه إنما جلس لفصل الخصومة، فينبغى أن يشتغل بما جلس له لا لغيره؛ ولأن القاضى جالس، والسنة فى السلام أن يسلم القائم على الجالس، والماشى على القائم، والراكب على الماشى، وأما لا ينبغى للخصوم أن يسلموا عليه؛ لأن السلام تحية الزائرين، والخصوم ما تقدّموا إليه لأجل الزيارة إنما تقدموا إليه لأجل الخصومة، هكذا ذكر الخصاف رحمه الله فى "أدب القاضى"[(١)].

بعض مشايخنا رحمهم الله يقيسون الأمراء والولاة على القضاة، فقالوا: هم لايسلمون على الرعية، والرعية لا يسلمون عليهم، قال الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسى رحمه الله: والصحيح هو الفرق بين القضاة والأمراء والولاة، فالرعية يسلمون على الأمراء والولاة، والخصوم لا يسلمون على القضاة.

والفرق: وهو أن القاضى ما جلس للزيارة، والخصوم ما تقدموا إليه لأجل الزيارة، والسلام تحية الزائرين، فلا يسلمون عليه لهذا، وأما الأمراء والولاة يجلسون للزيارة، لا لفصل الخصومات، والناس يدخلون عليهم لأجل الزيارة، فيسلمون عليهم لما ذكرنا أن السلام تحية الزائرين، فعلى قود هذا التعليل لو جلس الأمير لفصل الخصومة لا يسلمون عليه، ولو جلس القاضى لزيارة الناس يسلمون عليه.

ولو سلم الخصوم على القاضى بعد ما جلس ناحية من المسجد لفصل الخصومات، فلابأس بأن يرد عليهم السلام، هكذا ذكر الخصاف، وهذا إشارة إلى أن لا يجب عليه

---

(١) هكذا فى الأصل وم، وكان فى ظ: آداب.

رد السلام، وهذا لأن الرد جواب السلام، والسلام إنما يستحق الجواب إذا كان فى أوانه، أما إذا كان فى غير أوانه، فلا، ألا ترى أن من سلّم على المصلى، لا يستحق الجواب، وإنما لايستحق لما قلنا.

حكى عن الشيخ الإمام الجليل أبى بكر محمد بن الفضل البخارى رحمه الله: أنه كان يقول: من جلس ليفقه تلامذة، فدخل عليه داخل وسلّم، وسعه أن لايرد؛ لأن إنما جلس للتعليم لا لرد السلام، فلا يكون السلام فى أوانه.

١٤٢٢٦-وإذا جلس القاضى لفصل الخصومات، ينغى أن يقيم بين يديه رجلا يمنع الناس عن التقدم بين يديه فى غير وقتها، ويمنعهم عن إساءة الأدب، ويقال له: صاحب المجلس، وله أسامى الشرطى والعريف والجلواز[1]، وينبغى أن يكون معه سوط؛ لأن يحتاج إلى تأديب السفهاء، والتأديب عادة يكون بالسوط، وقد كان لرسول الله ﷺ قضيب يأخذ بيده، وكان ذلك القضيب معه إلى أن توفى عليه السلام، ثم صار القضيب فى يد أبى بكر رضى الله عنه، ثم صار فى زمن عمر رضى الله عنه الدرّة، ثم صار بعده السياط.

وينبغى أن يكون أمينًا؛ لأن مجلس القاضى تحضره النسوان، فيؤدى إلى الفتنة لو لم يكن أمينًا، وينبغى أن لا يكون طمّاعًا حتى لا يرتشى، فلا يميل إلى بعض الخصوم، ولا يترك أدبه إذا أساء الأدب.

وإذا جلس الخصمان بين يدى القاضى، ورأى القاضى أن يأمر صاحب المجلس ليقوم ببعد منه حتى لا يعرف ما يدور بين الخصمين وبين القاضى، ولايعلم به أحد الخصمين، ولايلقنه شيئًا، ففعل ذلك، وإن كان ثقة مأمونًا فتركه بقرب منه، فلا بأس.

والحاصل: أن القاضى يعمل ما فيه النظر والاحتياط فى أمور الناس، ولاينبغى لهذا الرجل أن يسارّ أحد الخصمين؛ لأنه ربما يتّهم الخصم الآخر أنه واضعه على شىء فيجرّ بذلك تهمةً إلى القاضى.

١٤٢٢٧-وينبغى للقاضى إذا تقدم إليه الخصمان أن يسوّى بينهما فى النظر والمجلس، فيجلسهما بين يديه؛ لأن القاضى مأمور بالعدل والإنصاف بين الخصوم،

---

(١) الجِلْواز: الشرطى ج: جلاوزة.

ومن العدل التسوية بينما فى المجلس، وإنما تقع التسوية فى المجلس إذا أجلسهما بين يديه؛ لأنه إذا لم يجلسا بين يديه، إما إن أجلسهما من جانب واحب وفيه تفويت التسوية؛ لأن أحدهما يكون أقرب إلى القاضى، وأما إن أجلس أحدهما من جانب، والآخر من جانب، وفيه تفويت التسوية أيضًا؛ لأن لليمين فضلا على الشمال.

١٤٢٢٨-وفى "النوازل": رجل خاصم السلطان إلى القاضى، فجلس السلطان مع القاضى فى مجلسه، والخصم على الأرض، ينبغى للقاضى أن يقوم من مكانه، ويجلس خصم السلطان فيه، ويقعد على الأرض، ثم يقضى بينما حتى لا يكون مفضلا أحد الخصمين على الآخر، وهذه المسألة دليل على أن القاضى إذا وقع له خصومة أو عليه، لا بأس أن يحكم فيه خليفته، وقد صحّ أن يهوديًا ادعى على الرشيد دعوى فى زمن أبى يوسف رحمه الله بين يدى أبى يوسف رحمه الله، فسمع أبو يوسف رحمه الله خصومتهما، وقضى على الرشيد، وأنه دليل على ذلك القول أيضًا.

وحكى عن الشيخ الإمام ظهير الدين المرغينانى رحمه الله: أنه كان يقول: إذا وقع الدعوى بين الرجل وابنه، ينبغى للقاضى أن يسوّى بينهما فى المجلس؛ لأن الدليل الموجب للتسوية لا يوجب الفصل بين خصم وخصم، وينبغى للخصمين أن يجثوا بين يدى القاضى، ولا يتربعان ولا يَقْيِعَان ولا يجتبيان، وإن فعلا ذلك منعمًا القاضى أو صاحب مجلس تعظيمًا للحكم، كما يجلس المتعلم بين يدى المعلم تعظيمًا للمعلم.

١٤٢٢٩-وينبغى للقاضى أن يسوّى بينهما فى النظر ولا ينظر إلى أحدهما دون الآخر؛ لأن نظر إلى أحدهما إن كان نظر شفقة ورأفة، فقد جرّ تهمة الميل إلى نفسه، وإن كان نظر هيبة ينكسر قلب المنظور، فعسى يذهب، ويترك حقه، فيكون القاضى هو المضيّع لحقه، وكذلك لاينبغى له أن يرفع موته على أحدهما؛ لأنه ينكسر القلب الذى رفع موته عليه؛ لأنه يجر به تهمة المثل إلى خصمه الآخر، وكذلك لا ينبغى له أن يطلق بوجهه إلى أحدهما فى شىء من النطق ما لا يفعل بالآخر مثله؛ لما ذكرنا، وكذلك لا ينبغى له أن يستند على عضد أحدهما ويلقنه حجته؛ لأنه يكون مكسرة لقلب الخصم الآخر، وسببًا لتهمة الميل.

والحاصل أن القاضى مأمور بالتسوية فيما يقدر على التسوية، وفيما فى وسعه،

وكل شيء يقدر على التسوية بينهما فيه لا يعذر بتركها فيه، وما لا يقدر على التسوية فيه، لا يؤاخذ بترك التسوية فيه.

وقد صح أن رسول الله ﷺ كان يسوّى فى القسم بين نساءه، وكان يقول: هذه قسمى فيما أملك، فلا تؤاخذنى فيما لا أملك، يعنى به ميل القلب إلى عائشة رضى الله عنها.

قال صاحب الأقضية: وينبغى أن يكون جلوسهما بين يدى القاضى على قدر ذراعين، أو نحو ذلك بحيث يسمع كلامهما من غير أن يرفعا أصواتهما، وهذا لأن القاضى لا يتمكن من القضاء بحق على الوجه الذى أمر إلا بعد سماع كلامهما، والخصوم نهوا عن رفع الصوت بين يدى القاضى؛ لما فيه من إسقاط حشمته، وقدرنا موضع جلسهما بما قدرنا ليتمكن القاضى من القضاء على الوجه الذى أمر من غير أن يكون حشمته وهيبته.

١٤٢٣٠-وينبغى للقاضى إذا جلس فى المسجد أن يستند ظهره إلى المحراب، وكان الرسم فى زمن الخصّاف وغيره أن يجلس مستقبل القبلة بوجه، ورسم زماننا أحسن؛ لأن القاضى إذا جلس مستقبل القبلة كان القوم والخصوم بين يديه مستندة فى القبلة، وإذا استند القاضى ظهره إلى المحراب، كان الخصوم والقوم بين يديه مستقبل القبلة، ويقف أعوان القاضى بين يدى القاضى، ليكون أهيب فى أعين الناس، ويجب أن يكون قيامهم ببعد من القاضى حتى لايسمعوا ما يدور بين القاضى وبين من يقدّم إليه من الخصوم، ولا يعرفون رأى القاضى فى بعض ما يقع لهم من المسائل، ولا يحتالون لإبطاله، ويجلس كتبه ناحية منه، بحيث يراه حتى إذا احتاج إليه كان قادراً عليه؛ ولأنه إذا كان يراه لا يخشى منه الزيادة والنقصان فى الكتابة.

قال الخصاف رحمه الله فى "أدب القاضى": وإذا جلس القاضى للقضاء، فلا بأس بأن يجلس مع نفسه من يثق بدينه وأمانته وفقهه فى مجلس الحكم قريبًا منه بحيث[1] يسمعون كلامه وكلام من يحضره من الخصوم.

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله: ينبغى للقاضى أن ينظر

(١) هكذا فى الأصل وم، وكان فى ظ: لا يسمعون كلام.

لنفسه، فإن كان رأى رجلا حيّيًا جلوسه بانفراده أحسن لنفسه، لا يجلس مع غيره، لأن الرجل إذا كان حيّيًا ربما يحتشم ممن معه، فينقطع ويعجز عن إدراك الصواب، ولا يتبين له الحق لجاهه وحشمته ممن هو معه، وإذا كان وحده يكون يجتمع الرأى يدرك الصواب، ولايغيب عنه الصواب، وإذا كان هكذا، فالأفضل أن لا يجلس معه غيره، وإن كان جرى القلب عزيم الصواب والبصيرة[1]، فلا بأس بأن يجلس معه قومًا من أهل العلم والرأى والتدبير لمنافع أحدهما أن يكون أعظم لأمر القضاء، وأهيب فى عين الناظرين[2].

والثانى: أنه إذا اشتبه عليه شيء يشاورهم، وإذا أشكل عليه شيء سألهم.

الثالث: أنه إذا ضل يرشدونه، وإذا زل ينبهونه، وقد جاء على هذا آثار من الصحابة والتابعين، ثم شرط الخصاف فى الذى جلس مع القاضى الأمانة والديانة والفقه.

أما اشتراط الأمانة والديانة فلأن مجلس القضاء يحضره الشاب من النسوان، فلو لم يكن أمينًا متدينًا ربما يتمكن فيه فساد.

وأما الفقه فلأن المقصود من إجلاس غيره معه المشورة وإصابة الحق، واستخراج الحكم، وإنما يحصل من الفقيه لا من غيره.

قال الخصّاف رحمه الله: ولا ينبغى للقاضى أن يشاورهم بمحضر من الخصوم حتى لايقع فى قلب من كان جاهلا أن القاضى لا يدرى، ويسأل غيره، فتذهب حرمته وماء وجهه.

ثم إذا تقدم إليه الخصمان سأل المدعى عن دعواه، هكذا ذكر الخصاف رحمه الله، وصاحب "كتاب الأقضية" أبو جعفر رحمه الله: وهذا الفصل اختلف فيه المشايخ رحمهم الله، بعضهم قالوا: ليس للقاضى أن يسأل المدعى عن دعواه؛ لأن فيه تهييج الخصومة، والقاضى نصب لقطع الخصومة لا لتهييجها، ولكن يسكت ويسمع ما ادعاه

---

(١) هكذا فى ظ وكان فى ف: عزيم الرأى والبصيرة وكان فى الأصل: عظيم الصواب الرأى والبصيرة.

(٢) هكذا فى ظ، م وكان فى الأصل: فى أعين الناظرين.

المدعى، وبعضهم قالوا : يسأل وبه أخذ الخصاف وصاحب "كتاب الأقضية" رحمه الله، وهذا لأن مجلس القضاء مجلس هيبة وحشمة، فمن لم يرَ مثل هذا الميل يتخير، وعسى يعجز عن بيان دعواه، فينبغي للقاضي أن يسأل ويؤنسه بكلامه، حتى يقدر على بيان دعواه، وهكذا ذكر في محاضر ابن سماعة، وكذا ذكر في "المنتقى".

ورُوي عن محمد رحمه الله إن القاضي بالخيار إن شاء سأل، وإن شاء سكت، وذكر الشيخ الإمام فخر الإسلام علي البزدوي رحمه الله : أن على قول أبي يوسف رحمه الله : القاضي يسأل، وعلى قول محمد رحمه الله : لا يسأل، بل يسكت.

ثم إذا سأله أو لم يسأله، ولكن ادعى بنفسه سأل القاضي المدعى على عن دعوى الدعى، هكذا ذكر صاحب الأقضية، وذكر الخصاف رحمه الله في "أدب القاضي" : أن القاضي يكتب دعوى المدعى في صحيفة، وينظر فيه أصحيح هو أو فاسد، فإن كان فاسدًا لايقبل على المدعى عليه؛ لأن الدعوى إذا لم تكن صحيحة لا يتوجه الجواب على المدعى عليه، ولكن يقول للمدعى قسم فصحّح دعواك، هكذا ذكر الخصاف رحمه الله في موضع من "أدب القاضي".

وذكر في موضع أخر أن القاضي لا يقول له : ذلك، وبه أخذ بعض مشايخنا رحمهم الله أن هذا من القاضي تلقين، ولكي يقول له دعواك هذه فاسدة، فلا يلزمني سماعها، وهذا ليس بتلقين، بل هو فتوى بالفساد، وإنما يقول له : إن من غير زيادة ونقصان، فإذا جلس الشهود بين يدي القاضي، وجاء أوان الشهادة، أخذ القاضي البياض، وسألهم عن شهادتهم، وإن كتب القاضي لفظ شهادتهم بنفسه، فهو أوثق وأحوط، ثم يقابل القاضي لفظ شهادتهم بالدعوى، فإن كانت موافقة للدعوى، وعرف القاضي الشهود بالعدالة، يقول للمدعى عليه : هل لك دفع، فإن قال : نعم، ولكن أمهلني حتى أتي به أمهله، وإن قال : لا وجه عليه القضاء، وإن لم يعرف القاضي أياهم بالعدالة يتوقف، وإن قال المدعى : لي بيته حاضرة إلا أني أطلب يمين المدعى عليه، إن قال : حاضرة في المجلس، فالقاضي لايجيبه، ولا يحلف المدعى عليه بالإجماع، كذا ذكره القدوري رحمه الله في شرحه، وإن قال : حاضرة في بلدته، فالقاضي لا يجيبه، ولا يحلف المدعى عليه في قول أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يجيبه، وقول محمد رحمه الله: مضطرب، ذكره القدورى رحمه الله مع قول أبى يوسف رحمه الله، وذكر الشيخ الإمام فخر الإسلام على البزدوى رحمه الله: أن القاضى يحلف فى قول أبى حنيفة رحمه الله، وفى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله: لا يحلفه.

وجه من قال: يجب أن المدعى عسى يتعذر الوصول إلى حقه بالبينة بأن لايعدل شهوده، فيجيبه إلى طلب التحليف حتى لا يصير معرضًا لحقه على التوى والتلف،

ووجه قول من قال لا يجيبه أن القياس يأبى استحقاق اليمين على المدعى عليه؛ لأنها تستحق بمجرد الدعوى، ومجرد الدعوى لا يصلح سببًا للاستحقاق، لكن عرفنا الاستحقاق مرتبًا على البينة فى قصة الحضرمى والكندى، فبقى الاستحقاق لا بهذه الصفة على أصل القياس.

١٤٢٣١-وإذا كانت المسألة مختلفة، فإن كان القاضى لا يرى استحلافه، لايحلف، وإن كان يرى استحلاف يحلفه، وإذا حلفه وحلف وطلب من القاضى أن يعطيه رقعة أن فلانًا ادعى على فلان كذا، وحلفه وحلف حتى لا يقدمه إلى هذا القاضى ثانيًا، أو إلى قاضى آخر، فيحلفه مرة أخرى أعطاه نظرًا له، والقاضى بالخيار إن شاء كتب ذلك فى رقعة على حدة، وإن شاء كتب ذلك فى البياض الذى كتب فيه الدعوى والإنكار، وكتب فيه التاريخ وأعطاه.

ثم الدعوى لا تخلو إما أن تقع فى العين أو فى الدين، فإن وقع فى الدين، والمدعى مكيل، فإنما تصح الدعوى إذا ذكر المدعى جنسه أى أنه حنطة أو شعير، ويذكر نوعه أنه سقى، أو برى، أو خريفى، أو ربيعى، وصفته أنه وسط، أو جيد، أو ردىء، ويذكر الحمراء أو البيضاء فى الحنطة، ويذكر قدره، فيقول: كذا قفيزًا؛ لأن الحنطة تكاله بالقفيز، ويذكر بقفيز كذا، لأن القفزان تتفاوت فى ذاتها، ويذكر سبب الوجوب؛ لأن أحكام الديون تختلف باختلاف أسبابها، فإنه إذا كان بسبب السلم لا يجوز الاستبدال به، ويحتاج إلى بيان مكان الإيفاء فيه، ليقع التحرزّ عن موضع الخلاف، وإن كان ثمن بيع جاز الاستبدال به، وبيان مكان الإيفاء فيه ليس بشرط، وإن كان من قرض لا يجوز التأجيل فيه بمعنى أنه لا يلزم.

ويذكر فى السلم شرائط صحته من إعلام جنس رأس المال ونوعه وصفته وقدره، وقبض رأس المال ووزنه إن كان وزنيّا، وانتقاده فى المجلس حتى يصح عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى، وتأجيل المسلم فى شهرًا، أو أكثر حتى يخرج عن حد الاختلاف، وكذا ما سوى ذلك من شرائط السلم على ما عرف فى البيوع.

١٤٢٣٢-ويذكر فى القرض القبض، وصرف المستقرض إلى حاجته؛ لأن عند أبى حنيفة رحمه الله لا يصير دينًا على إلا بالاستهلاك، وينبغى أن يذكر فى دعوى القرض أيضًا أنه أقرضه كذا من مال نفسه لجواز أن يكون وكيلا فى الإقراض، والوكيل فى الإقراض سفير ومعبّر، ولا يكون له حق الأخذ[1] ولا حق المطالبة بالأداء، وكذلك فى كل سبب من الأسباب بذكر شرائط؛ لأن كل واحد لا يهتدى إلى العلم بشرائط العقد، فينبغى أن يبين ذلك للقاضى حتى يتأمل فيه القاضى إن وجده صحيحًا عمل به، وإلا رده.

١٤٢٣٣-وإن كان المدعى به وزنيّا يذكر جنسه، فإن ذهبًا وكان مضروبًا يذكر كذا دينارًا، ويذكر نوعه أنه نيسابورى الضرب، أو بخارى الضرب، أو ما أشبه ذلك، ويذكر صفته أنه جيّد ردىء أو وسط، فإذا ذكر البخارى أو النيسابورى لا يحتاج إلى ذكر الأحمر؛ لأن البخارى أو النيسابورى لا يكون إلا حمرًا[2]، ولا بد من ذكر الجيد عليه عامة المشايخ رحمهم الله.

وفى "فتاوى النسفى رحمه الله": إذا ذكر أحمر خالص كفى، ولا يحتاج إلى ذكر الجيد، ولا بد أن يبين أن من ضرب أى وال عند بعض المشايخ رحمهم الله؛ لأن فى ضروب الولاة تفاوتًا، وبعضهم لم يشترطوا ذلك، وأن أوسع، ويذكر المثقال مع ذلك، فإن الدنانير توزن بالمثقال، ويذكر نوع المثقال؛ لأن مثاقيل البلدان مختلفة، وإن لم يذكر مضروبًا لا يذكر كذا دينارًا، بل يذكر مثقالا، فإن كات خالصًا من الغش يذكر كذلك، وإن كان فيه غش ذكر ذلك أيضًا نحو ألده نوهى أوده هشتى أو الده بيستى، أو ما أشبه ذلك.

---

(١) وكان فى الأصل: حق العقد.

(٢) وكان فى الأصل: إلا احمرًا.

فإن كان المدعى به نقرة، وكان مضروبًا، ذكر نوعًا. وهو ما يضاف إلى، وصفتها أنها جيدة أو وسطة أو رديئة، وكذا ذكر قدرها كذا درهمًا وزّن سبعة؛ لأن وزن الدراهم مختلف باختلاف البلدان، والذى فى ديارنا وزن سبعة، وهو الذى كل عشرة منها يزن سبعة مثاقيل.

وإن كانت فضة غير مضروبة، ذكر فضة خالصة من الغش إن كانت خالية من الغش، ويذكر نوعها نقرة كلبجة أو نقرة طمغاجى، ويذكر صفتا أنها جيدة أو وسطة أو رديئة، ويذكر قدرها كذا درهمًا، وقيل: إذا ذكر كذا كذا طمغاجى كفى، ولا يحتاج إلى ذكر الجيد.

وإن كان مدعى به دراهم مضروبة، والغش فيها غالب، فإن كان تعامل بها وزنًا، يذكر نوعًا وصفتها، ومقدار وزنها، وإن كان تعامل بها عددا يذكر عددها، وههنا أشياء أخر تأتى فى كتاب الدعوى -إن شاء الله تعالى-.

١٤٢٣٤-وإن كان الدعوى فى العين، فإن كان المدعى به منقولا، وهو هالك، ففى الحقيقة الدعوى فى الدين، وهو القيمة، فيشترط بيان القدر والصفة والنوع والجنس، على ما بينا، وإن كان قائمًا، فإن كان بحال يمكن إحضاره مجلس الحكم، فلا بد من الإحضار مجلس الحكم، ولا بد من الإشارة إليه فى الدعوى والشهادة، وستأتى المسألة مع فروعها فى كتاب الدعوى -إن شاء الله تعالى-.

وإن وقع الدعوى فى عين غائب لا يعرف مكانه، بأن ادعى رجل على رجل أنه غصب منه ثوبًا أو جارية لا يدرى أنه قائم أو هالك، فإن بيّن الجنس والصفة والقيمة، فدعواه مسموعة، وبينته مقبولة، وإن لم يبين القيمة، فإن لم يعلم قيمته، أشار فى عامة الكتب إلى أنها مسموعة، فإنه ذكر فى كتاب الرهن إذا ادعى على رجل آخر أنه رهن عنده ثوبًا، وهو ينكر، قال: يسمع دعواه.

١٤٢٣٥-وقال فى كتاب: رجل ادعى على غيره أنه غصب منه جارية، وأقام بينة على ما ادعى يسمع دعواه، وتسمع بينته.

بعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: إنما يسمع دعواه إذا ذكر القيمة، وهذا القائل يقول تأويل ما ذكر فى الكتاب هذا، وكان الفقيه أبو بكر الأعمش رحمه الله يقول: تأويل

المسألة أن الشهود شهدوا على إقرار المدعى عليه بالغصب، فيثبت غصب الجارية بإقرار فى حق الحبس والقضاء جميعًا عامة المشايخ رحمه الله على أن هذه الدعوى صحيحة، والبينة مقبولة، ولكن فى حق الحبس، وإطلاق محمد رحمه الله فى الكتاب يدل عليه.

قال فخر الإسلام على البزدوى رحمه الله: إذا كانت المسألة مختلفة ينبغى للقاضى أن يكلف المدعى بيان القيمة، فإذا كلّفه، ولم يبين تسمع دعواه، وهذا لأن الإنسان قد لا يعرف قيمة ماله، فلو كلفه بيان القيمة، فقد أضرّ به، أو يتعذر عليه الوصول إلى حقه، وإذا سقط بيان القيمة من المدعى، سقط من الشهود من الطريق الأولى، وتمام المسألة مرت فى كتاب الغصب.

١٤٢٣٦-وإن وقع الدعوى فى العقار، فلا بد من ذكر البلدة التى فيها الدار المدعى بها، ثم ذكر المحلة، ثم من ذكر السكة بدأ بالأعم، وهو البلد، ثم بالأخص، وهذا فصل اختلف فيه أهل الشروط، قال بعضهم: يبدأ بالأعم، وقال بعضهم: يبدأ بالأخص، وعند أهل العلم له الخيار إن شاء بدأ بالأعمّ، وإن شاء بدأ بالأخص؛ لأن المقصود هو التعريف، والتعريف حاصل بالكل، فلا بد من ذكر حدود الدار بعد هذا.

وقال جماعة من أهل الشروط: ينبغى أن يذكر فى الحد لزيق دار فلان، ولايذكر دار فلان؛ لأنه حينئذٍ يصير دار فلان مدعى به، لأن الحد يدخل فى المحدود، وعندنا كل اللفظين على السواء، أيهما ذكر، فهو حسن؛ لأن المقصود تعريف الدار المدعى باتصالها بدار فلان، وأنه حاصل باللفظين جميعًا، وما يقول: بأن الحد يدخل فى المحدود ليس كذلك؛ لأن الحد غاية والغاية لا تدخل تحت المضروب له غاية، فإن ذكر حدين لا يكفى فى ظاهر رواية أصحابنا رحمهم الله، وإن ذكر ثلاث حدود كفاه، وكذلك فى الشهادة إذا ذكر الشهود ثلاث حدود، قبلت شهادتهم، وكيف يحكم بالحد الرابع فى هذه الصورة إذا قبلت شهادة الشهود.

قال الخصاف رحمه الله فى وقفه: اجعل الحد الرابع بإزاء الحد الثالث حتى ينتهى إلى مبدأ الحد الأول، أى بإزاء الحد الأول، وإن ذكر المدعى الحدود الأربعة، وأخطأ فى

واحدة منها، لا تقبل شهادتهم عندنا خلافًا لزفر رحمهم الله، وزفر رحمه الله قاس ترك ذكر أحد الحدود بوقوع الغلط، ونحن فرّقنا بينهم، والفرق أن بالغلط يختلف المدعى بها، وبالترك لايختلف دعواه -والله أعلم- .

الفصل الثامن
فى أفعال القاضى وصفاته

قال صاحب الأقضية رحمه الله: وأكره للقاضى أن يفتى فى القضاء للخصوم، وهذا فصل اختلف فيه العلماء رحمهم الله، قال بعضهم: لا يفتى فى مجلس القضاء أصلا كيلا يشغله ذلك عن سماع الخصومات، وقال بعضهم: يفتى فى العبادات، ولا يفتى فى المعاملات، مجلس القضاء وغيره فى ذلك على السواء، وهذا لأنه لو أفتى فى المعاملات، فالناس يقفون على رأيه فى المعاملات، فيشتغلون بالتلبيس فيما يقع بينهم من المعاملات والخصومات، فيصير القاضى كالملقن والمعلم لهم، وهذا المعنى لا يتأتى فى العبادات، وبعضهم قالوا: يفتى فى المعاملات والعبادات جميعًا فى مجلس القضاء وغيره، فقد كان رسول الله ﷺ يفتى، وكذلك الخلفاء بعده، واتفقوا على أنه لا يفتى للخصوم حتى لا يقفون على رأيه، فيشتغلون بالتلبيس.

١٤٢٣٧-وفى "المنتقى": الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله لا ينبغى للقاضى أن يفتى فى شىء من أمور الخصومات، ولا يفتى أحدًا يرى أنه من قبل خصم يخاصم إليه، وإن كان رجل يثق به، وهو لا يخاصم، ولا يتهم أنه يستفتى لخصم يخاصم إليه، فلا بأس بأن يفتيه.

وروى ابن سماعة عن أبى يوسف رحمهما الله: فى رجلين تقدما إلى القاضى فى أمر فظن القاضى أنهما إنما تقدما إليه ليعلما ما يقضى به فى ذلك أقامهما من عند نفس؛ لأنه نصب لفصل الخصومات لا لتلقين الخصوم، وتعليم المخارج.

قال محمد رحمه الله فى "الأصل": ولا ينبغى له أن يبيع، ويشترى فى مجلس القضاء لنفسه، قال شمس الأئمة السرخسى رحمه الله: ففى قوله: لنفسه إشارة إلى أن لا بأس بأن يبيع، ويشترى ليتيم أو ميت مديون؛ لأن ذلك من عمل القضاء، ومباشرته فى باب القضاء أنفى للتهمة، وإنما لم يكن له أن يبيع، ويشترى فى مجلس القضاء لنفسه؛ لأن البيع والشراء يجرى فيهما المماكسة عادة، فيذهب حشمة المجلس.

١٤٢٣٨-ولو باع واشترى لنفسه في غير مجلس القضاء جاز عندنا، فقد باشر رسول الله ﷺ ذلك، وكذلك الخلفاء بعده، والمعنى في أن حاجته إلى البيع والشراء بعد تقلد القضاء كحاجته إليه قبل تقلد القضاء، وقبل القضاء ملك البيع والشراء لحاجته، فبعد القضاء يملك لحاجته أيضًا.

ومن المشايخ رحمهم الله من قال: إن كان يكفى المؤنة من جهة بيت المال، أو يبيع، ويشترى ممن يعلم أنه يحابيه لحشمة القضاء، يكره له أن يبيع ويشترى بنفسه، وإن لم يكن يكفى المؤنة من جهة بيت المال، ويبيع ويشترى ممن يعلم أنه لا يحابيه لحشمة القضاء، فلا يكره له ذلك.

وأطلق المسألة في "المنتقى" فقال: ولا ينبغي له أن يشترى، ولا يبيع ما دام قاضيًا، وينبغي أن يولى ذلك غيره ممن يثق به، ولا ينبغي له أن يستقرض إلا من صديق له، أو خليط له كان قبل أن يستقرض، ولا يخاصم إليه، ولا يتهم أنه يعيّن خصمًا، وكذلك الاستعارة.

١٤٢٣٩-ويشيّع الجنازة، ويعود المريض؛ لأن هذه الأشياء من حقوق المسلم على المسلم، قال النبي ﷺ: «ست من حقوق المسلم على المسلم»[1]، وذكر من جملتها أن يشيّع جنازته، وأن يعوده مريضًا، وما كان على الإنسان من حق غيره لا يسقط بتقليد القضاء، ولكن لا يطيل مكثه في ذلك المجلس؛ لأن الذين حضروا مجلسه ينتظرونه، ولا يمكن أحدًا من الخصوم يتكلم معه في ذلك المجلس بشيء من الخصومات؛ لأن الخصم الآخر يتهمه، ولا يقضي وهو غضبان، قال رسول الله ﷺ: «لا يحكم الحاكم بين اثنين وهو غضبان»[2].

واختلف عبارة المشايخ رحمهم الله في تخريج المسألة بعضهم قالوا: لا ينتقم من أحد الخصمين إذا تقدما إليه، كذا هو العادة أن الإنسان إذا غضب ينتقم ممن يتقدم إليه،

---

(١) ذكره الزيلعي في "نصب الراية" (٢/ ٢٥٧) بألفاظ، والمناوي في "فيض القدير" (٣/ ٣٩٠)، وابن رجب في "جامع العلوم والحكم" (١/ ٢٤٨).

(٢) أخرجه الترمذي في "سننه" (١٣٣٤) وأيضًا في ابن ماجه في "سننه" (٢٣١٦)، وابن أبي شيبة في "مصنفه" (٢٢٩٧٠ و٢٢٩٧١)، والشافعي في "مسنده" (١/ ٢٧٦)، وأبو عوانة في "مسنده"، والبزار في "مسنده" (٣٦١٩).

فيكون ذلك ظلمًا منه، وهذا القائل لا يفصّل بينما إذا كان وجه القضاء بيّنا، أو لم يكن بيّنا، وإطلاق الحديث يشهد لهذا القائل، وبعضهم قالوا: بسبب الغضب يتفرّق رأيه، فيشتبه عليه جهة الصواب، وهذا القائل يُفصل بينما إذا كان وجه القضاء بيّنا، وبينما إذا لم يكن وجه القضاء بيّنا؛ لأن وجه القضاء إذا لم يكن بينا، يحتاج فيه إلى التأمل والاجتهاد، فيضره تفرّق الرأى بخلاف ما إذا كان بينا؛ لأنه لا يحتاج فيه إلى التأمل والاجتهاد، ولهذا القائل يقول: بأن الحديث محمول إذا لم يكن وجه القضاء بينا، وكذلك لا يقضى إذا دخله نعاس؛ لأن الذى دخله نعاس لا يفهم، فلا يدرى بأى شىء يقضى.

١٤٢٤٠-ولا يقضى وهو جائع أو عطشان؛ لأن الجوع يقطع الرأى والعطش كذلك، فيشتبه عليه جهة الصواب، قالوا: وذا إذا لم يكن وجه القضاء بيّنا، فأما إذا كان وجه القضاء بينا فلا بأس بأن يقضى.

١٤٢٤١-وعن هذا قال مشايخنا رحمهم الله: لا ينبغى له أن يتطوع بالصوم فى اليوم الذى يريد المجلس للقضاء؛ لأنه ربما يلحقه جوع مفرط، أو عطش مفرط، فيضعف رأيه، ويعجز عن إدراك الصواب، وكذلك لا يقضى، وهو كظيظ الطعام؛ لأنه إذا كان هكذا يملّ القوم ويهبّ النوم، ولكن ينبغى أن يكون على اعتدال الأحوال لا يكون كظيظ الطعام، ولا يكون به جوع مفرط، ولا عطش، وكذلك لا يقضى، وهو يدافع أحد الأخبثين؛ لأنه يتفرق برأيه، قالوا: إذا كان وجه القضاء بيّنا لا بأس بأن يقضى.

١٤٢٤٢-قال مشايخنا رحمهم الله: وينبغى للقاضى إذا كان شابّا أن يقضى شهوته فى أهله قبل أن يجلس للقضاء، حتى إذا حضرته الشبان من النساء لا يشتغل قلبه بهن، فيقدر على إدراك الصواب.

١٤٢٤٣-ولا ينبغى له أن يتعب نفس فى طول المجلس، ولكن يجلس فى طرفى النهار، أو ما أطلق، وكذلك الفقيه والمفتى، ولا يمازح الخصوم، ولا أحدهما؛ لأن المزاح يُذهب مهابة المجلس، ولا يضحك فى وجه أحدهما؛ أن بسببه يجترئ على خصمه، وكذلك لا يؤمى إلى أحدهما إيماء لهذا المعنى، ولا يعبس وجه عليهما، ولا على أحدهما، ولا يعجل للخصوم الإتيان بحججهم؛ لأن ذلك يضر بهم، وفى

"الأصل": ولا يخوف الخصم، ومعنا أن يتكلف بتخويف الخصوم؛ لأن ذلك يمنعم عن إظهار الحق بالحجة.

١٤٢٤٤-ولا يقضى وهو يمشى أو يسير على الدابة؛ لأنه قلما يمكن تأمل الحُجج فى هذه الحالة، وكذلك قال مشايخنا رحمهم الله فى المفتى: لا ينبغى أن يفتى وهو يمشى لكن يجلس فى موضع، فإذا استقر فيه أفتى، ومنهم من قال: لا بأس بأن يفتى فى الطريق إذا كانت المسألة واضحة.

قال فى "الأصل": ويقدم على منازلهم فى المجيء إليه الأول فالأول، ولايبتدئ بأحد جاء قبله غيره، يعنى فى سماع الخصوم، فقد اعتبر محمد رحمه الله السبق، والمتقدمون من المشايخ رحمهم الله قبل الخصاف رحمه الله كانوا يعتبرون السبق أيضًا، والخصاف رحمه الله اعتمد على الرقاع، وصورة الرقاع أن يأمر القاضى كل مدعى حتى يكتب اسمه، واسم خصمه فى رقعة، ثم يقرع بينهم، فمن خرجت قرعته أولا، تسمع خصومته.

١٤٢٤٥-وصورة القرعة أن يجعل[1] القاضى الرقاء فى جراب، أو فى كمه، ثم يدخل يده، ويخرج رقعة منها، فمن خرجت رقعته أولا، تسمع خصومته، ثم يدخل ويخرج رقعة أخرى، ويفصل تلك الخصومة، وهكذا يفعل حتى يأتى على الكل، وهذا إذا كان الخصوم عدداً يعرف القاضى من طريق الخرز والظن أنه يقدر على فصل خصومتهم فى هذا اليوم، فأما إذا كثروا وعلم القاضى أنه لا يقدر على فصل الكل فى هذا اليوم، يأخذ القاضى أو كاتبه الرقاع، ويجعل كل عشرين، أو نحو ذلك على قدر طاقة القاضى الجلوس لهم، والصبر عليهم إضبارة[2]، ويكتب لكل إضبارة منها رقعة فيها اسم أشهرهم، ثم يجعل كل رقعة منها فى جراب على نحو ما بينا، ويقرع بين الكل جملة، فكل رقعة إضبارة خرجت أولا، فلهم يوم السبت، وكل رقعة إضبارة خرجت بعد ذلك، فلهم يوم الأحد إلى آخر، ويعلم الخصوم التى فى كل إضبارة أن أسماءهم فى إضبارة، كذا التى نوبتها يوم كذا حتى لا يكثر ترددهم على باب القاضى، ويحتاج فى

(١) هكذا فى الأصل وم، وكان فى ظ: يكتب مكان: يجعل.

(٢) الإضبارة: الحزمة من الصحف، ضم بعضها إلى بعض، وكان فى الأصل وم: اختياره.

هذا إلى الإقراع مرتين، مرة بين الإضبارات، ومرة بين الخصوم التى فى كل إضبارة، فيكون إحداهما على طريق الجمل، والأخرى على طريق الإفراد، وله أصل فى الشرع:

فإن الإمام فى باب القسمة يعزل[1] أنصباء الغزاة أولا، فيقرع بينهم، ثم لم يقسم فيما بين الرايات، ويقرع فيما بينهم مرة أخرى، ويكون إحداهما على طريق الجمل، والأخرى على طريق الإفراد، كذا ههنا.

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسى رحمه الله: ما قاله الخصاف رحمه الله: حسن، وما قاله محمد رحمه الله: أحسن؛ لأن القاضى متى اعتمد على القرعة، وأعلم الخصوم نوبتهم يوم كذا، عسى لا يمكنه فصل تلك الخصومات فى ذلك اليوم لمعنى من المعانى، فيصير القاضى مخلفًا فى وعده، والخلف فى الوعد مذموم، والتحرز عنه واجب، فيجب الاعتماد على السبق وبه يفتى، وإن اشتبه على القاضى من سبقه أقرع بينهم.

١٤٢٤٦-قال الخصاف رحمه الله فى "أدب القاضى": وإن اجتمع على باب القاضى أرباب الشهود والأيمان والغرباء، ورأى القاضى أن يقدّم أرباب الشهود على الكل، فله ذلك؛ لأنه لو طال مكثهم ربما يملون، ويذهبون قبل أداء الشهادة، فيضيع حق المدعى، وإن رأى أن يقدّم أرباب الأيمان على أرباب الشهود، فله ذلك أيضًا؛ لأن فصل الخصومة بالأيمان أسهل، وإن رأى أن يقدم الغرباء على الكل، فله ذلك؛ لأن قلب الغريب يكون مع أهله وولده، فمن كثر مكثه وتردده يمل، فيترك حقه ويذهب، فيكون القاضى هو المضيع لحقه، ولكن هذا إذا لم يكن بالغرباء كثرة، فأما إذا كان بالغرباء كثرة، فالقاضى لا يقدمهم لأجل الغربة، ولكن يعتمد السبق على نحو ما بينا؛ لأن تقديمهم فى هذه الصورة يؤدى إلى الإضرار بالمقيمين، وأنه لا يجوز، وهذا التفصيل منقول عن محمد رحمه الله.

فقد ذكر هشام فى "نوادره": سألت محمدًا رحمه الله: أيبدأ الحاكم بالغرباء؟ قال: نعم ما لم يضر بالمقيمين، وقال: الذى يرجع من ليله إلى أهله بمنزلة المقيم، والذى يبيت فى غير أهله بمنزلة الغريب، إلا أن الغريب يعنى المسافر أشد حالا، فإن قال واحد

---

(١) وفى م: ينعزل.

من الخصوم للقاضى : أنا غريب عازم على الرجوع إلى وطنى ، فقدّمنى على سائر الخصوم لأجل الغربة ، فالقاضى لا يقبل قوله بدون البينة ؛ لأنه ادعى لنفسه حق التقدم ، فيعتبر بما لو ادعى لنفس حقّا آخر ، وهناك لايقبل قوله بدون البينة ؛ فكذا ههنا ، ولا يشترط العدالة فى هذه البينة ، حتى لو أقام شاهدين مستورين ، قبل القاضى ذلك منه ، إذ ليس فى هذا كثير إلزام[١] ، وللقاضى ولاية تقديمه فى الجملة بدون البينة .

ومن أصحابنا من قال : يسأله مع من يريد السفر ، فإن أخبر بذلك سأل الرفقة متى يخرجون ، وأن فلانًا هل يخرج معكم ، وهل استعد لسفرهم ؛ لان الاستعداد للسفر يصلح علامة على السفر ، قال الله تعالى : ﴿وَلَو أَرَادُوا الْخُرُوجَ لأَعَدّوا لَه عُدّةً﴾[٢] .

فإن قالوا : نعم يثبت ما ادّعاه ، ويقدمه القاضى ، وعلى هذا أمر المستأجر إذا زعم المستأجر أنه يريد السفر ، وأراد نقض الإجارة بعذر ا لسفر ، فالقاضى لا يقبل قوله بدون البينة ، ولكن سأله مع من تريد السفر والخروج ، وإذا أخبر بذلك سأل رفقته : متى يخرجون؟ وإن فلانًا ، هل يخرج معكم؟ وهل استعد للخروج؟ فإن قالوا : نعم تحقق العذر ويجب أن يفسخ ، وإن رأى القاضى تقديم النسوان ، فعمل ذلك ؛ لأن مبنى حالهن على الستر ، وتأخيرهن يؤدى إلى التشهير ؛ أنه يجتمع على باب القاضى أناس مختلفين ، والتشهير ينافى التستر .

وإن رأى القاضى أن يجعل لهن نوبة على حدة فى يوم واحد من أيام الجمعة ، فعل ذلك ؛ لأن فى اختلاطهن بالرجال فتنة ، فيجعل لهن نوبة على حدة ، نفيًا للفتنة ، وهذا إذا كانت الخصومات بين النسوان ، فأما إذا كانت بين النسوان والرجال ، يعتمد فى ذلك على الإقراع والسبق ، على نحو ما بينا -والله أعلم بالصواب- .

---

(١) هكذا فى ظ ، وكان فى الأصل وم : التزام وفى نسخة : ظ أمر .

(٢) سورة التوبة : الآية ٤٦ .

الفصل التاسع

في رزق القاضي وهديته ودعوته وما يتصل به

١٤٢٤٧-ولا بأس بأن يأخذ القاضي رزقًا من مال بيت المال، هكذا ذكر الخصاف رحمه الله في "أدب القاضي"، وعلّل فقال: لأنه عامل من عمال المسلمين، وقاسه على عمالة عامل الصدقات، قال: وقد ذكر هشام عن محمد رحمه الله: أنه كان لا يرى بأسًا بأن يأخذ القاضي رزقًا من مال بيت المال، وروى تعليل محمد رحمه الله أن القضاة من السلف قدروا أن يرزقوا بيت المال، فلابأس بأن يرزق القاضي في زماننا، قال: وإن تعفف وتنزه ولم يرتزق[1] فذاك أفضل؛ لأن القضاة من السلف منهم من لم يرتزق كمسروق وقاسم.

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: حاصل الجواب في هذه المسألة أن القاضي إذا كان ذا ثروة ويسار، فالأولى أن لا يرتزق، كما فعل عثمان رضي الله عنه، وإن كان صاحب حاجة[2]، فالأولى أن يرتزق، كما فعل أبو بكر وعمر وعلي رضي الله عنهم، وهذا لأنه فرغ نفسه لعمل المسلمين، وعجز عن الكسب، فمن يأخذ كفايته من مال بيت مال المسلمين، إما أن يقصر في عمل المسلمين، أو يطمع في مال المسلمين، وفساد ذلك مما لا يخفى.

وذكر الشيخ الإمام فخر الإسلام علي البزدوي رحمه الله: أن القاضي إذا كان فقيرًا، لا يترك حتى لا يرتزق، وإن كان غنيًا، فبعض مشايخنا رحمهم الله على أن الأولى أن يرتزق حتى لا يصير ذلك سنة لمن يكون بعده، وقد يكون من بعده فقيرًا، فيضيق عليهم الأمر.

وكما يجعل كفاية القاضي في مال بيت المال، يجعل كفاية عياله، ومن يمونه من أهله وأعوانه في مال بيت المال؛ لأن المعنى لا يوجب الفصل، ولم ينقل عن محمد رحمه

---

(١) وفي م: ولم ترزق.

(٢) هكذا في الأصل وظ، وكان في م: خصاصة.

الله أن القاضى خل يأخذ الرزق فى يوم البطالة، وقد اختلف المتأخرون فيه، والصحيح أنه يأخذ.

فأما أجر كاتب القاضى وأجر قسامه، فإن رأى القاضى أن يجعل ذلك على الخصوم، فله ذلك، وإن رأى أن يجعل ذلك فى مال بيت المال، وفى سعة فلا بأس به، وعلى هذه الصحيفة التى يكتب فيها الدعوى الذى يدعى المدعى، وشهادتهم إن رأى القاضى أن يطلب ذلك من المدعى، فله ذلك؛ لأن منفعة ذلك تعود إليه، وإن كان فى بيت المال سعة، ورأى أن يجعل ذلك فى بيت المال، فلا بأس به.

وقال أبو يوسف فى قاضٍ أجرى له ثلاثون درهمًا لثمن القرطاس والصحف: أكره له أن يصرف شيئًا من ذلك إلى غير ما جعل إليه، وأما الكلام فى هديته، فنقول: هدايا القاضى أنواع: هدية ممن له خصومة، فليس له أن يقبلها، سواء كان بين القاضى والمهدى مهاداة قبل القضاء أو لم يكن، وسواء كان بينهما قرابة أو لم يكن؛ أنها تشبه الرشوة والأكل بسبب القضاء.

١٤٢٤٨-وهدية ممن لا خصومة[1] له وأنها على نوعين: إما أن تكون بينهما مهاداة قبل القضاء بسبب القرابة أو الصداقة، أو لم يكن، فإن لم يكن لا ينبغى له أن يتقبلها؛ لأنه إنما أهداه لأجل القضاء، فيشبه الرشوة والأكل بسبب القضاء، وإن كان بينهما مهاداة قبل القضاء، فإن أهداه بعد القضاء بمثل ما كان يهديه قبل القضاء، فلا بأس بأن يقبلها، ويحمل ذلك على المباسطة السابقة، حملا لأمر المسلمين على الصلاح والسداد بالقدر الممكن، وإن كان أهداه بالزيادة على ما يهديه قبل القضاء؛ فإنه لا يأخذ الزيادة؛ لأن الزيادة كانت لقضاءه.

قال الشيخ الإمام الزاهد فخر الإسلام على البزدوى رحمه الله: إلا أن يكون مال المهدى قد ازداد، فبقدر ما ازداد ماله إذا ازداد فى الهدية، فلا بأس بقبولها، وإن لم يكن بينهما مهاداة، وكان بينهما قرابة، فللقاضى أن يقبل هديت، هكذا ذكر القدورى رحمه الله؛ لأن فى قبول هديته صلة الرحم، وأنها فرض.

١٤٢٤٩-ثم إذا أخذ الدية، ولم يكن له أخذها، أو أخذ الزيادة، ولم يكن له

(١) وفى م: وهدية ممن لا خصومة له، فليس له أن يقبلها، وأنها على نوعين.

أخذها، ما ذا يصنع بها؟ اختلف المشايخ رحمهم الله فيه، بعضهم قالوا: يضعها فى بيت المال، وبعضهم قالوا: يرد على أربابها إن عرفهم، وإليه أشار فى "السير الكبير"، وإن لم يعرف مهديها، أو عرف إلا أنه كان بعيداً حتى تعذر عليه الرد، يضعها فى بيت المال حينئذٍ، ويكون حكمها حكم اللقطة، وإنما وضعها فى بيت المال؛ أن إنما أهدى إليه لعمله وحشمته، وهو فى هذا العمل نائب عن المسلمين وحشمته بالمسلمين، فكانت الهدايا من حيث المعنى للمسلمين، فيوضع فى بيت مال المسلمين، وهذا بخلاف هدايا رسول الله ﷺ، فإن هدايا رسول الله ﷺ كانت له خاصة؛ لأن منعته وحشمته كانت بنفسه على ما قال الله تعالى: ﴿وَاللهُ يَعْصِمُكَ مِنَ النَّاسِ﴾[1] فكانت الهدية بعينه له، بخلاف هدايا القضاة.

وهو نظير ما ذكر محمد رحمه الله فى "السير الكبير": أهل الحرب إذا أهدى إلى أمير أهل الجيش هدية، فأمير الجيش لا يختص بها، بل يكون بينه وبين الجيش.

وإذا أهدى إلى واحد من المبارزين شيئًا يختصّ بها ذلك المبارز؛ لأنه إنما يهدى إلى أمير الجيش لقوته ومنعته للجيش، فكانت الهدية للجيش معنى، فأما قوة المبارز ومنعته بذاته، فكانت الهدية له خاصةً فيختصّ به، وعلى لو أهدى الرجل إلى مفتٍ، أو واعظ شيئًا كان له أن يقبل ويختص به؛ لأن إنما يهدى إلى لعلمه بخلاف هدية القضاة.

١٤٢٥٠-فأما الكلام فى دعوة القاضى قال محمد رحمه الله فى "الأصل": ولا بأس للقاضى أن يجب الدعوة العامة، ولا يجب الدعوة الخاصة؛ لأن بمعنى الرشوة، فالظاهر أن الناس يميلون إلى القاضى باتخاذ الدعوة له على الخصوص طمعًا فى ميل القاضى إليهم.

وتكلموا فى الحد الفاصل بين الدعوة الخاصة والعامة، بعضهم قالوا: إن كان خمسة نفر، أو ستة نفر إلى العشرة، فهذه دعوة خاصة، وإن جاوزوا[2] العشرة، فهذه دعوة عامة، وحكى عن القاضى الإمام ركن الإسلام أبى على النسفى رحمه الله أنه قال: الدعوة العامة دعوة عرس أو ختان، وما سوى ذلك دعوة خاصة، وهكذا ذكر القدورى

---

(١) سورة المائدة: الآية ٦٧.

(٢) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم: جاوز.

فى "شرحه".

وحكى عن الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسى رحمه الله : أن صاحب الدعوة إن كان بحال لو علم أن القاضى لا يحضر لا يتخذ الدعوة، فهذه الدعوة خاصة لايجيبها، وإن كان بحال لو علم أن القاضى لا يحضر يتخذ الدعوة، فهذه دعوة عامة، فيجيبها، ولم يفصل فى الدعوة الخاصة بين القريب، وبين الأجنبى، وكذا لم يفصل بينما إذا كان بين القاضى، وبين صاحب الدعوة مباسطة قبل القضاء، وكان يتخذ الدعوة لأجله، أو لم يكن، وذكر القدورى رحمه الله : أن القاضى يجيب الدعوة الخاصة فى المحرم، وهكذا ذكر شمس الأئمة الحلوانى فى "شرح أدب القاضى".

وذكر الطحاوى فى "مختصره" : أن على قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لا يجيب الدعوة الخاصة من القريب، وعلى قول محمد رحمه الله : يجيب، وذكر شمس الأئمة السرخسى، وشيخ الإسلام رحمهما الله أن صاحب الدعوة إن كان ممن لا يتخذ الدعوة للقاضى قبل تقلده القضاء لا يجيب دعوته، القريب والأجنبى فى سواء؛ لأن الظاهر أنه إنما فعل ذلك لأجل القضاء خاصة، وإن كان ممن يتخذ الدعوة للقاضى قبل تقلده القضاء، فالقاضى يجيب دعوته، القريب والأجنبى فى ذلك على السواء؛ لأنه لا يكون ذلك بسبب القضاء ظاهرًا، وقيل : صاحب الدعوة إذا كان يتخذ الدعوة قبل القضاء فى شر مرة، وبعد القضاء فى كل أسبوع مرة، فالقاضى لا يجيب دعوته إلا فى كل شهر مرة، وكذا إذا كان صاحب الدعوة، زاد فى الباجات بعد القضاء على ما كان يتخذ قبل القضاء، فالقاضى لا يجيب الدعوة له إلا أن يكون مال صاحب الدعوة قد ازداد، فبقدر ما زاد من ماله ازداد فى الباجات، فالقاضى يجيبه، وهذا كله إذا لم يكن لصاحب الدعوة خصومة.

فأما إذا كان لصاحب الدعوة خصومة لا يجيب دعوته، وإن كان بينهما قرابة، أو مباسطة قبل القضاء؛ لأنه يصير آكلا بقضاءه معنى.

ومما يتصل بهذا الفصل فصل الرشوة:

١٤٢٥١-واعلم أن الرشوة أنواع: نوع منها: أن يهدى الرجل إلى الرجل مالا لابتغاء التودّد والتحبّب، وهذا النوع حلال من جانب المهدى والمهدى إليه، قال رسول الله ﷺ: «تهادوا تحابوا»[1].

ونوع منها: أن يهدى الرجل إلى رجل مالا؛ لأن ذلك الرجل قد خوّفه، فيهدى إليه مالا ليدفع الخوف من نفسه، أو يهدى إلى السلطان مالا ليدفع ظلمه عن نفسه، أو ماله، وهذا نوع لا يحل للآخذ الأخذ، وإذا أخذ يدخل تحت الوعيد المذكور في هذا الباب؛ لأنه يأخذ المال للكفّ عن التخويف والظلم، والكفّ عن التخويف والظلم واجب بحكم الإسلام، ولا يحل أخذ المال بمقابلة الواجب، وهل يحل للمعطى الإعطاء، عامة المشايخ رحمهم الله على أنه يحل؛ لأن يجعل ماله وقاية لنفسه، أو يجعل بعض ماله وقاية للباقى، وكل ذلك جائز، وموافق للشرع، وقد صحّ عن ابن مسعود رضى الله عنه: أنه رشى دينارين بالحبشة، ونجى نفسه.

وعن جابر رضى الله عنه أنه قال: لم نجد فى زمن بنى أمية أنفع لنا من الرشاء، قال القاضى الإمام أبو على النسفى رحمه الله: فعلى هذا إذا كان الرجل فى قرية فيها ظالم، وكان الرجل يهدى إلى الظالم شيئًا من الفواكه، ومن المطعومات ليدفع ظلمه عن نفسه لا بأس به، والخصاف رحمه الله علق حل الإعطاء بالرجاء، فقال: رجونا أن لا يكون آثمًا.

ووجه ذلك: أن القبض حرام، والإعطاء تمكين من القبض، والتمكين من الحرام حرام؛ إلا إن قصد المعطى فى هذا دفع الظلم عن نفسه لا التمكين من الحرام، فمن هذا الوجه ا يكون حرامًا، ومن ذلك الوجه يكون حرامًا، فعلقه بالرجاء لهذا.

ونوع منها: أن يهدى الرجل إلى رجل مالا ليسوى أمره فيما بينه وبين السلطان، ويعينه فى حاجته، وأنه على وجهين: الأول: أن يكون حاجته حرامًا، وفى هذا الوجه

(١) أخرجه البخارى فى "الأدب المفرد" (٥٩٤)، وأبو يعلى فى "مسنده" (٦١٤٧)، والطبرانى فى "الأوسط" (٧٢٤٠)، والبيهقى فى "الكبرى" (١١٧٢٦) من حديث أبى هريرة، وفى "شعب الإيمان" (٨٩٧٦-٨٩٧٧)، وأبو بكر فى "مكارم الأخلاق" (٣٦١)، والشهاب فى "مسنده" (٦٥٧)، وفى "التمهيد" لابن عبد البر (٦/ ١١٦).

لا يحل للمهدى[1] الإهداء ولا للمهدى إليه الأخذ؛ لأن المدى يعطى ليتوصّل به إلى الحرام، والمهدى إلى يأخذ بعينه لبعينه على الحرام.

الثاني: أن يكون حاجته مباحًا، وأنه على وجهين أيضًا: الأول: أن يشترط أنه إنما يهدى إليه ليعينه عند السلطان، وفى هذا الوجه لا يحل للآخذ الأخذ؛ لأن القيام بمعونة المسلمين واجب بدون المال، فهذا مما أخذ لإقامة ما هو واجب عليه، فلا يحل، وهل يحل للمعطى الإعطاء تكلموا فيه، منهم من قال: لا يحل؛ لأن هذا يمكن من القبض الذى هو حرام، ومنهم من قال: يحل لأن غرض دفع الظلم عن نفسه، وعلى قياس قول الخصاف رحمه الله: يجب أن يكون حل الإعطاء معلقًا بالرجاء على ما بينا، والحيلة فى حل الأخذ، وحل الإعطاء عند الكل أن يستأجر صاحب الحادثة يومًا إلى الليل ليقوم بعمله بالمال الذى يريد الدفع إليه، فتصح الإجارة، ويستحق الأجير الأجر، ثم المستأجر بالخيار، إن شاء استعمل فى هذا العمل، وإن شاء استعمله فى عمل آخر، قالوا: وهذه الحيلة إنما تصح، إذا كان العمل الذى استأجره عليه عملا يصح الاستئجار عليه.

الوجه الثانى: إذا لم يشترط ذلك صريحًا، ولم يعلم أنه إنما يهدى إليه ليعينه عند السلطان، وفى هذا الوجه اختلف المشايخ رحمهم الله، عامتهم على أن لايكره على قياس مسألة المؤذن والإمام على ما يأتى بيانهما بعد هذا -إن شاء الله تعالى- وبعضهم قالوا: يكره، وهكذا نقل عن ابن مسعود رضى الله عنه.

ونوع آخر: أن يهدى الرجل إلى رجل مالا؛ لأنه سوّى أمره عند ذى سلطان، فأعانه فى حاجته، ولا يصرّح عند الأعداء أنه إنما أهدى إليه لأنه سوّى أمره عند السلطان، وهذا نوع يحل للمعطى الإعطاء؛ لأنه أنعم عليه بالنجاة عن الظلم، وقد قال عليه الصلاة والسلام: «من أزالت إليه نعمة فليشكرها»، وهل يحل للآخذ الأخذ؟ تكلموا فيه، منهم من قال: لا يحل؛ لأنه أقام الواجب، ولايجوز أخذ المال على إقامة الواجب، وقد جاء عن عبد الله بن جعفر أنه أعان مظلومًا، وخلصه من الظلم، وأهدى إليه هدية تبلغ أربعين ألف درهم، فقال عبد الله: إنّا لا نأكل بديننا.

ومنهم من قال: يحل؛ لأن هذا بدو صلة، وقاسوه بما ذكر محمد رحمه الله فى

---

(١) هكذا فى الأصل وم، وكان فى ظ: للمعطى.

كتاب الصلاة : أن الإمام أو المؤذن إذا جمع لهم القوم شيئًا ، وأعطوه من غير أن يشترط عليهم ، فما أحسن هذا ، فقد سمى ذلك حسنًا ، وإن كان يعلم أنهم إنما أعطوه بسبب الإمامة ، والأذان مع ذلك سمّاه حسنا ، وجعل بمنزلة البر والصلة لما كان الإعطاء بغير شرط ، كذا ههنا .

وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله : يحكى عن الأستاذ القاضي الإمام أبي علي النسفي رحمه الله : أنه ينظر في هذا إلى العمل الذي أقامه ، فإن كان شيئًا لو استأجر على ذلك ، يستحق الأجر بأن يعينه رسولا إلى ظالم[1] ، فلما بلغه الرسالة أعطاه المرسل ، يحل له الأخذ ، ومالا فلا ، هذا إذا لم يكن بينهما تهادى قبل ذلك بسبب من الأسباب ، فأما إذا كان بينهما تهادى قبل ذلك بسبب صداقة ، أو قرابة ، فأهدى إليه كما كان يهدى قبل ذلك ، ثم إن المدى إليه قام لإصلاح أمره ، فالأمر حسن ؛ لأن مجازاة الإحسان بالإحسان ، ومقابلة الكرم بالكرم .

نوع من ذلك أن يهدى الرجل إلى سلطان ليقلد القضاء له أو عملا آخر ، وهذا نوع لا يحل للآخذ ، ولا للمعطى الإعطاء ؛ أن المعطى إنما يعطى ليأخذ أموال الناس ، وليظلم عليهم ، والآخذ إنما يأخذ ليسلطه على الظلم .

ومن أخذ القضاء بالرشوة ، هل يصير قاضيًا؟ الصحيح أنه لا يصير قاضيًا ، ولو قضى لا ينفذ قضاءه .

ونوع من ذلك : أن يهدى الرجل إلى قاضي ليقضي له ، وهذا نوع لا يحل للآخذ الأخذ ، ولا للمهدى الإعطاء .

أما لا يحل للآخذ الأخذ ؛ لأن القضاء إن كان بالجور ، فالقضاء بالجور حرام ، فإنما أخذ المال لمباشرة الحرام ، وإن كان القضاء بحق ، فلأن القضاء بالحق عبادة ، وأخذ المال على العبادات لا يجوز .

وأما لا يجوز الإعطاء ؛ لأنه إن كان القضاء له بالجور ، فإنما يعطى المال لأجل الحرام ، وإن كان القضاء بالحق ؛ فلأن إعطاء المال لمقصود لا حصول له ، فيكون سفهًا ، والسفه حرام ، بيان هذا أن المقصود من هذا الإعطاء أن يقضى له ، فيصير المدعى به حقًا ،

---

(١) وكان في الأصل : إلى الظالم .

وملكًا له، وإنما يصير المدعى به حقًا وملكًا على تقدير نفاذ القضاء، وقضاء القاضي فيما ارتشى باطل؛ لما نبين بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

قال الخصاف رحمه الله في "أدب القاضي": وإذا قبل القاضي الرشوة، وقضى للراشي، فقضاءه فيما ارتشى باطل، وقضاياه فيما لم يرتشِ نافذة، وبه أخذ شمس الأئمة الحلواني وشمس الأئمة السرخسي رحمهما الله.

وذكر الشيخ الإمام فخر الإسلام على البزدوي رحمه الله: أن قضاياه نافذة فيما ارتشى، وفيما لم يرتشِ، وقال بعض مشايخ العراق: قضايا باطلة فيما ارتشى، وفيما لم يرتشِ.

١٤٢٥٢-واعلم بأن القاضي بأكل الرشوة يصير فاسقًا؛ لأن أكل السحت، وأنه يوجب الفسق والقاضي بالفسق ينعزل عند بعض مشايخ العراق، وعند بعض مشايخ العراق وعامة مشايخنا رحمهم الله: أنه لا ينعزل، ولكن يستحق العزل، وقد ذكرنا هذا في صدر الكتاب، ثم على قول بعض مشايخ العراق: إذا انعزل لا شك أنه لا تنفذ قضاياه أصلا، لا فيما ارتشى، ولا فيما لم يرتشِ، وعند مشايخنا، وبعض مشايخ العراق رحمهم الله: إذا لم ينعزل تنفذ قضاياه فيما لم يرتشِ بلا خلاف، وفيما ارتشى اختلفوا على نحو ما بينا، فوجه قول من قال: إنه ينفذ؛ لأن على قضاه بعد وجه قول من قال: لا ينفذ أنه قضى، بخلاف أمر الشرع؛ لأن الشرع أمره بقضاء لا يعتاض عنه، فقضاء يعتاض عنه يكون بخلاف أمر الشرع، فيكون باطلا حتى قالوا: لو رد الرشوة، ثم حكم ينفذ حكمه؛ لأنه ما اعتاض عن قضاه.

١٤٢٥٣-وإن ارتشى ولد القاضي، أو كاتبه، أو من أشبههما، فإن كان ذلك بأمر القاضي ورضاه، فهذا وما لو ارتشى القاضي بنفسه سواء، وإن كان بغير أمر القاضي ورضاه نفذ قضاءه؛ لأن ما اعتاض عن قضاءه، فلم يكن قضاءه بخلاف أمر الشرع -والله أعلم بالصواب-.

الفصل العاشر
فى بيان ما يكون حكمًا، وما لا يكون حكمًا
وما يبطل به الحكم بعد وقوعه صحيحًا، وما لا يبطل

قال مشايخنا رحمهم الله : ينبغى للقاضى إذا أراد الحكم أن يقول للخصمين : أحكم بينكما ، وهذا على وجه الاحتياط حتى إنه إذا كان فى التقليد خلل يصير حكمًا بتحكيمهما .

١٤٢٥٤-وإذا قال القاضى : ثبت عندى أن لهذا على هذا كذا ، وكذا هل يكون هذا حكمًا من القاضى ، كان القاضى الإمام أبو عاصم العامرى رحمه الله يفتى بأنه حكم ، وهو اختيار شمس الأئمة الحلوانى ، واختيار الصدر الشهيد رحمهما الله ، وكان القاضى الإمام شمس الإسلام محمود الأوزجندى رحمه الله يقول : لا بد وأن يقول القاضى : قضيت ، أو يقول : حكمت ، أو يقول : أنفذت عليك القضاء ، وهكذا ذكر الناطفى رحمه الله فى "واقعاته" ، والمذكور ثمه إذا ادعى رجل دارًا فى يدى رجل ، فقال القاضى للمدعى عليه : لا أرى لك حقًا فى هذه الدار ، فهذا لا يكون حكمًا ، وهكذا كان يفتى الشيخ الإمام ظهير الدين المرغينانى رحمه الله ، وكان يقول : إذا ظهرت عدالة الشهود فى دعوى عين محدودة ، وطلب المدعى الحكم من القاضى ، فقال القاضى للمدعى عليه : اين محدود بدين مدعى ده ، فهذا لا يكون حكمًا من القاضى ، وينبغى أن يقول : حكم كردم به اين محدود ، واين مدعى را ، والصحيح أن قوله : حكمت وقضيت ليس بشرط ، وأن قول : ثبت عندى يكفى ، وكذلك إذا قال : ظهر عندى أو قال : صحّ عندى ، أو قال : علمت ، فهذا كله حكم .

١٤٢٥٥-وإذا قال القاضى بعد ما قضى فى حادثة : رجعت عن قضاءى ، أو قال : بدا لى غير ذلك ، أو قال : وقفت على تلبيس من الشهود ، وأراد أن يبطل حكمه لايعتبر هذا الكلام منه ، والقضاء ماضٍ على حاله ، إذا كان بعد دعوى صحيحة وشهادة مستقيمة ، وعدالة الشهود ظاهرة .

في "فتاوى النسفي رحمه الله" : ادعى حرية نفسه، وقضى القاضي بها ببينة أقامها العبد، ثم قال العبد: كذبت أنا عبد هذا الرجل، هل يبطل القضاء بالحرية، ولا رواية لهذه المسألة في شيء من الكتب، قالوا: وينبغي أن لا يبطل القضاء، وهذا بخلاف ما لو ادعى رجل على مالا، وقضى القاضي بالمال للمدعي ببينة، ثم قال المدعي: كنت كاذبًا فيما ادعيت، حيث يبطل القضاء.

والفرق أن في الحرية حق الله تعالى، والعبد لا يقدر على إبطال حق الله تعالى، ولا كذلك المال؛ لأن المال من العبد، والعبد يقدر على إبطال حقه.

١٤٢٥٦-وإذا قال المدعي بعد القضاء: المقضي به ليس بملكي، لا يبطل القضاء؛ بخلاف ما إذا قال: لم يكن ملكي، وهذا لأن قوله: ليس ملكي يتناول الحال، وليس من ضرورة نفي الملك للحال انتفاءه من الأصل، بخلاف قوله: لم يكن ملكي.

١٤٢٥٧-المقضي له إذا قال: ما قضي به لي فهو حرام لي، وأمر إنسانًا أن يشتري ذلك له من المقضي عليه، فهذا يبطل الحكم له، وكذلك إذا لم يقل: هو حرام، ولكن أمر إنسانًا يشتري ذلك له من المقضي عليه، فهذا يبطل الحكم؛ لأن الأمر بالشراء دليل على أن لا حق له في المشتري، والإنسان لا يشتري ملك نفسه، ولا يأمر غيره بذلك، تكذيب المشهود له الشهود، وتفسيقه إياهم قبل القضاء، وتكذيبه وتفسيقه إياهم بعد القضاء يبطل القضاء على ما عليه إشارات الأصل في "الجامع"، وكان القاضي الإمام أبو على النسفي رحمه الله يقول: تفسيق المشهود له للشهود بعد القضاء لا يبطل القضاء، وعلّل فقال: لأن الفاسق ربما يكون صادقًا، ولهذا يصلح شاهدًا عندنا، فعلى اعتبار أنه كان صادقًا لا يجوز إبطال القضاء، وعلى اعتبار أنه كان كاذبًا يجوز إبطال القضاء، ولا يجوز إبطال القضاء بالشك، كما لا يجوز القضاء بالشك، فظن بعض مشايخنا رحمهم الله: أن ما قال القاضي الإمام رحمه الله مخالف لإشارات الجامع، وليس كذلك؛ لأن المراد مما ذكر في "الجامع" تفسيق ينشأ من تكذيب المشهود له، وأنه يوجب بطلان القضاء، كما يمنع جواز القضاء، والمراد مما قاله القاضي الإمام نفس التفسيق، بأن قال: هم زناة، هم شاربو خمر، لا تفسيق ينشأ عن التكذيب، ونفس التفسيق يمنع القضاء، أما لا يبطل القضاء.

١٤٢٥٨ -قال محمد رحمه الله في "الجامع" : وإذا قضى القاضي بالدار للمدعى ببينة أقامها، فأقر المقضي له بالدار أن الدار دار فلان، لا حق له فيها، وصدّقه فلان في ذلك، فقال المقضي عليه للمقضي له: قد أكذبت شاهديك حين أقررت أنها لفلان، لا حق لك فيها، وأقررت بخطأ القاضي في قضاءه، فرد الدار عليّ أو قيمتها، فالقضاء ماض على حاله، ولا سبيل للمقضي عليه لا على الدار ولا على المقضي له؛ لأن القضاء نفذ من حيث الظاهر، ووقع الشك في نقضه؛ لأن قوله: المقضي له هي لفلان محتمل يحتمل أن يكون نفيًا لحقه عنها بسبب سابق على القضاء، ويحتمل أن يكون نفيًا لحقه عنها بسبب حادث بعد القضاء، أوجب نقله إلى فلان وقع الشك في نقض القضاء، فلا ينقض بالشك.

فإن قيل: هذا الاحتمال إن كان يتأتى فيما إذا أقر به بعد ما غابا عن مجلس القضاء، لايتأتى قبل الغيبة، والجواب فيهما واحد، قلنا: لا، بل يتأتى قبل الغيبة أيضًا، بأن يقول المدعى: الدار إن كانت لي من الأصل، وقد كنت بعتها قبل القضاء من المقر له على أنه بالخيار ثلاثة أيام حتى بقيت الدار على ملكي في مدة الخيار، ثم إن المقضي عليه استولى على الدار وغصبها، ثم كما قضى القاضي بالدار لي انقضت مدة الخيار عقيبه بلا فصل، فأمكن الجميع بين هذا الإقرار وبين الدعوى الأولى، والشهادة على هذا الوجه، وإذا كان هذا الوجه محتملا، لايجوز نقض القضاء بالشك.

ولو لم يقل: على هذا الوجه، ولكن قال: بعد القضاء له هذه الدار لفلان، ولم يكن لي قط، بدأ بالإقرار لفلان، ثم بالنفي عن نفسه، أو بدأ بالنفي عن نفسه، ثم بالإقرار لفلان، بأن قال: هذه الدار لم تكن لي قط، وإنما هي لفلان، فإن صدقه المقر له في جميع ذلك، يرد الدار على المقضي عليه في الوجهين جميعًا؛ لأنه أكذب شهوده، وأقر ببطلان القضاء إذ لايمكن الجمع بين هذا الإقرار وبين الدعوى الأولى والشهادة، ولا شيء على المقر للمقر له؛ لأنه ادعى ما يبطل إقراره؛ لأنه ادعى أنه لم يكن له قط، وعلى هذا الاعتبار لا يصح إقراره بالملك لغيره، وقد صدقه المقر له في ذلك، فبطل إقراره.

وأما إذا صدقه المقر له في الإقرار، وكذبه في النفي، بأن قال المقر له: الدار كانت

للمقر، وهبها لى بعد القضاء، وقبضتها منه، ذكر فى "الكتاب": أن الدار يدفع إلى المقر له، وهذا الجواب ظاهر فيما إذا بدأ بالإقرار، ثم بالنفى؛ لأنه يدعى بطلان الإقرار بعد صحته ظاهرًا؛ لأن الدار ملك المقر وقت الإقرار ظاهرًا، والمقر له كذّبه فى بطلان إقراره، فلم يبطل إقراره، ويضمن قيمة الدار فى هذا الوجه للمقضى عليه؛ لأن فى زعمه أنه غاصب الدار، وقد عجز عن تسليمها بسبب إقراره الأول، فيضمن قيمتها كما لو انهدمت الدار مشكل فيما إذا بدأ بالنفى، وفى هذا الوجه ينبغى أن لا يصح إقراره؛ لأنه لما بدأ بالنفى، فقد أكذب شهوده فيما شهدوا به؛ لأنهم شهدوا أن الدار من الأصل له، وقد أقر أنها ليست له من الأصل، وقد أقر ببطلان القضاء، وأن الدار ملك للمقضى عليه، فإذا قال بعد ذلك: ولكنها لفلان جعل مقرّا بملك الغير، فينبغى أن لا يصح إقراره.

والجواب أن تصحيح إقراره واجب ما أمكن، وأمكن تصحيح إقراره بتقديم إقراره على النفى، والتقديم والتأخير شائع فى الكلام، فقدمنا إقرار تصحيحًا، ولكن يجب أن يكون قوله: ولكنها لفلان موصولا بالنفى؛ لأنه إنما يُقدّم الإقرار، ويؤخر تصحيحًا إذا كان الكلام بعضه موصولا بالبعض، قالوا: ما ذكر محمد فى الكتاب: أن المقر له إذا قال: وهبها لى بعد القضاء، وقبضتها منه، فهى لى بالهبة، إنما يصح هذا إذا غابا عن مجلس القضاء، حتى أمكن للقاضى تصديق المقر له فيما ادعى من الهبة، فأما إذا قال هذا فى مجلس القضاء، فقد علم القاضى بكذبه؛ لأنه علم أن لم تجر بينهما هبة، وما يكون كذبًا كان وجوده والعدم بمنزلة، فينبغى أن لا يصح إقرار المقر فى هذا الوجه.

قالوا أيضًا: قول محمد رحمه الله فى الكتاب: أن القاضى يقضى بقيمة[1] الدار للمقضى على المقضى له قول محمد رحمه الله، وهو قول أبى يوسف رحمه الله الأول؛ لأن العقار إنما تضمن بالغصب عند محمد وأبى يوسف الأول رحمهما الله.

ومنهم من قال: هذا قول الكل؛ لأن العقار عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله الآخر يضمن بإتلاف الملك إن كان لا يضمن بالغصب، ألا ترى أنه يضمن بالشهادة بالملك عند الرجوع، وإنما يضمن لإتلاف الملك، والمقضى له أتلف الملك على

(١) هكذا فى الأصل وم، وكان فى ظ: وقيمة.

المقضى عليه ههنا.

ولو قال المقضى له: هذه الدار ليست لى، إنما هى لفلان، فهذا وما لو قال: هذه الدار لفلان لا حق لى فيها سواء، حتى لا يبطل قضاء القاضى بالدار للمقضى له؛ لأن قوله: "ليست لى" نفى للملك للحال، فيحتمل أنه إنما نفاه للحال؛ لأن ملكه للمقر له بعد القضاء، ويحتمل أنه إنما نفاه للحال؛ لأنه لم يكن له من الأصل، ولا ينقض القضاء بالشك.

وفى "الجامع" أيضًا: رجل فى يده دار، جاء رجل، وادعى أنها كانت لأبيه، مات وتركها ميراثًا له، وأقام على ذلك بينة، وقضى القاضى له بالدار، ثم جاء رجل آخر، وادعى أنها داره اشتراها من أب المقضى له فى حال حياته، وصدقه المقضى له بذلك، فإن الدار ترد على المقضى عليه، ويبطل القضاء؛ لأن المقضى له أكذب شهوده على وجه لا يمكن التوفيق؛ لأن وراثته من أبيه دارًا باعها الأب فى حال حياته لا يتصور، فيبطل القضاء، وإذا بطل القضاء وجب رد الدار على المقضى عليه، ويقال لمدعى الشراء: أقم البينة على المقضى عليه أنها كانت لأب المقضى له، وأنك اشتريتها منه، فإن أقام البينة على هذا الوجه، قضى بالدار له، وما لا فلا -والله أعلم بالصواب-.

الفصل الحادى عشر
فى العدوى، وتسمير الباب والهجوم على الخصم، وما يتصل بذلك

١٤٢٥٩-وإذا تقدم رجل إلى القاضى، وادعى على رجل حقّا، والقاضى لا يعرف أنه محق أو مبطل، وأراد الإعداء على خصمه، يريد به أنه طلب من القاضى أن يحضر خصمه، فهذا على وجهين: الأول: أن يكون المدعى عليه فى المصر، وأنه على وجهين أيضًا: الأول: أن يكون المدعى عليه رجلا صحيحًا، أو امرأة برزة تخالط الرجال، وفى هذا الوجه القياس أن لا يعدّيه؛ لأنه يتضرر له المدعى عليه؛ لأنه ينقطع عن أشغاله[1]، ومجرد الدعوى لا يصلح سببًا للاستحقاق خصوصًا إذا كان فيه إضرارًا بالغير.

وفى الاستحسان: يعدّ به بالآثار المشهورة فى هذا الباب؛ لأنه من جملة ذلك ما رُوى أن رسول الله ﷺ عدا أبا جهل، وعن عثمان وعلى وابن مسعود رضى الله عنهم أنهم عدوا، وجرى التوارث بهذا إلى يومنا من غير نكير.

ولأن القاضى مأمور بفصل الخصومة، وفصل الخصومة إما بالبينة، والبينة لاتسمع إلا على الخصم الحاضر، وإما بالإقرار واليمين، وذلك لا يتحق بدون حضرة المدعى عليه، والمدعى عليه لا يحضر بنفسه، والمدعى لا يتمكن من إحضاره؛ لأنه يقابله، فتعين القاضى لإحضاره.

ثم الأعداء على نوعين: أحدهما: أن يذهب القاضى بنفسه، والثانى: أن يبعث من يحضره، ورسول الله ﷺ فعل كلا النوعين، إلا أن فى زماننا القاضى لايذهب بنفسه، إما لأن الخصومات تكثر على باب القاضى، فلو ذهب فى كل خصومة بنفس لا يتفرغ لفصل الخصومات، أو لأن حشمة القاضى بأعوانه، فلو ذهب فى كل خصومة بنفسه لا يتفرغ مع كل الأعوان كان حرجًا، ولو ذهب بنفسه بستخفّ به[2]، فلا يحصل

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم: عن اشتغاله.

(٢) وكان فى الأصل وم: يستحق.

المقصود بالذهاب بنفسه .

وأما حشمة رسول الله ﷺ وقوته كانت بنفسه ، وكان يحصل المقصود بذهابه بنفسه ، فلهذا كان يذهب بنفسه .

الوجه الثاني : من هذا الوجه وهو ما إذا كان المدعى عليه في المصر ، ويكون مريضًا ، أو امرأة مخدرة ، وهي التي لم يعهد لها الخروج ، فالقاضي لا يعديهما ، أما المريض فلأنه معذور ، قال الله تعالى : ﴿وَلا عَلَى الْمَرِيضِ حَرَجٌ﴾[1] وأما المرأة المخدرة فلأنه لا فائدة في إحضارها ؛ لأن الحياء يمنعها عن التكلم ، وعن جواب الخصم ، وربما يصير ذلك سببًا لفوات حقها ، بخلاف ما إذا كانت برزة تخالط الرجال ؛ لأنها تتمكن من الجواب ، ومن إقامة الحجة ، فكان في إحضارها فائدة .

وتكلم المشايخ رحمهم الله في مقدار المريض الذي لا يعدّ به القاضي؟ قال بعضهم : أن يكون بحال لا يمكنه الحضور بنفسه ، والمشي على قدميه ، ولو حمل ، أو ركب على أيدي الناس يزداد مرضه ، وقال بعضهم : أن يكون بحال لا يمكنه الحضور بنفسه ، وإن كان يمكنه الحضور بالركوب ، وحمل الناس من غير أن يزداد مرضه ؛ لأن بهذا القدر حل التخلف عن الجماعة ، فكذا من الحضور مجلس الحكم ، وهذا القول أصح وأرفق .

ثم إذا لم يحضرهما يعني المريض والمخدرة ، ماذا يصنع القاضي ، فالمسألة على وجهين : إن كان القاضي مأذونًا بالاستحلاف يبعث خليفة إليهما ليقضي بينهما وبين خصومهما ؛ لأن مجلس الخليفة مجلس القاضي لكون الخليفة قائمًا مقام القاضي ، وإن لم يكن القاضي مأذونًا بالاستحلاف بعث القاضي إليه أمينًا من أمنائه فقيهًا ، ويبعث معه شاهدين عدلين ، حتى يخبر القاضي بما جرى ؛ لأنه لايثبت بقول الأمين ذلك ؛ لأنه شهد على فعل نفسه ؛ ولأنه واحد ، وإنما يبعث معه شاهدين عدلين ممن يعرفان المرأة والمريض ؛ لأن المقصود من بعث الشاهدين أن يخبّر القاضي بما جرى بين المريض والمرأة والمدعى عليهما ، وهذا المقصود إنما يحصل إذا كان يعرفانهما .

١٤٢٦٠-وينبغي للقاضي إذا بعث الأمين أن يبين له صورة الاستحلاف ، وكيفيته

---

(١) سورة الفتح : الآية ١٧ .

حتى إذا أنكر المدعى عليه حلفه على ما هو رأى القاضى، فالناس يختلفون فى كيفية الاستحلاف، فلهذا قال: يبين له ذلك.

ثم إذا ذهبوا إلى المدعى عليه، فالأمين يخبر بما ادعى عليه، فإن أقر بذلك أشهد على الشاهدين بما أقر به، وأمر أن يوكل وكيلا يحضر معه مجلس القضاء ليشهد عليه الشاهدان بما أقر به بحضرة وكيله، فيقضى القاضى عليه بحضرة وكيله، وإن أنكر فالأمين يقول للمدعى: ألك بينته، فإن قال: نعم يأمر المدعى عليه أن يوكل وكيلا ليحضر مع خصمه فى مجلس القضاء، فيقام عليه البينة بحضرة وكيله، وإن قال: ليس لى بيته، فالأمين يحلف المدعى عليه، فإن حلف أخير الشاهدان القاضى بذلك حتى يمنع المدعى من الدعوى إلى أن يجد بينة، وإن نكل عن اليمين ثلاث مرات، أمره الأمين أن يوكل وكيلا يحضر مع خصمه فى مجلس الحكم، ويشهد عليه الشاهدان بنكوله، ويقضى القاضى عليه بالنكول، هكذا ذكر الخصاف رحمه الله فى "أدب القاضى".

وهذا إشارة إلى أن لا يشترط للقضاء بالنكول أن يكون على فور النكول، وهو مذهب الخصاف رحمه الله، كما لا يشترط للقضاء بالبينة والإقرار أن يكون يكون على فورهما حتى إن المدعى عليه إذا نكل عن اليمين، واشتغل القاضى بأعمال آخر، ثم قضى عليه بذلك النكول، جاز قضاءه، وبعض مشايخنا رحمهم الله شرطوا للقضاء بالنكول أن يكون على فور النكول، ولا يمكن للقاضى أن يقضى بنكول كان عند الأمين، وهذا لأن النكول قد يكون تورعًا عن اليمين الكاذبة، وعلى هذا التقدير القاضى يقضى، وقد يكون ترفعًا عن اليمين الصادقة، قالوا: وعلى هذا التقدير القاضى لا يقضى، وإنما تعين التورّع عن اليمين الكاذبة بقضاء القاضى، فيجب أن يكون القضاء على فوره حتى تعيّن التورع عن اليمين الكاذبة، فعلى قول هذا القائل الأمين يقضى عليه بنكوله، ثم ينقل الشاهدان قضاء الأمين إلى مجلس القاضى، فيمضى القاضى قضاء الأمين بمحضر من وكيله.

وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: إذا لم يكن القاضى مأذونًا بالاستحلاف[1] ينبغى أن يقول للمدعى: أتريد هذا حكمًا يحكم بينكما، فإن قال: نعم يبعثه إلى المدعى

(١) وكان فى الأصل: فى الاستخلاف.

عليه، فإن رضى بحكومته فحكم بينهما جاز، والتحكيم جائز، وحكم الحكم نافذ، وسيأتى بعد هذا بيانه -إن شاء الله تعالى-.

هذا إذا كان المدعى عليه فى المصر، فأما إذا كان المدعى عليه خارج المصر، وهو الوجه الثانى من هذا الفصل، وإنه على وجهين أيضًا: الأول: أن يكون قريبًا من المصر، والجواب فيه كالجواب فيما إذا كان فى المصر، فيعديه بمجرد الدعوى استحسانًا لما مرّ، وإن كان بعيدًا من المصر، وهو الوجه الثانى، لا يعديه بمجرد الدعوى، والفاصل بين القريب والبعيد أنه إذا كان بحيث لو ابتكر من أهل أمكنه أن يحضر مجلس الحكم، ويجيب ويبيت فى منزله، فهذا قريب، وإن كان يحتاج إلى أن يبيت فى الطريق، فهذا بعيد، وإنما لا يعديه إذا كان بعيدًا على هذا التفسير؛ لأن فى الإعداء إضرارًا به، فإنه يتضرر بالبيتوتة فى غير أهله.

ونظير هذا ما قال أصحابنا رحمهم الله فى الفرقة: إذا وقعت بين الزوجين وبينهما ولد، فأرادت أن تنتقل بولدها إلى قريتها، إن كان بحيث يمكن للزوج أن يزور ولده، وينظر فى أمره، ويبيت فى أهله، فلها أن تنتقل، وإلا فلا، وكذلك المضارب ينفق من مال نفسه فى المصر، لا من مال المضاربة، وإذا سافر ينفق من مال المضاربة، فإن خرج إلى قرية فإن كان بحيث يمكنه أن يعود إلى أهله فى يومه[1]، ويبيت عندهم، فإن نفقته لا تكون فى مال المضاربة، فإذا لم يمكنه يكون فى مال المضاربة، وهو والمسافر سواء، ولهذا قال أصحابنا رحمهم على رواية "النوادر": إنه ينبغى للإمام أن ينصب قاضيًا على مسيرة يومين من المصر؛ لأنه إذا كان بين المصر والقرية مسيرة يومين، يحتاج إلى إحضار الخصم بالدعوى، وفيه ضرر؛ لأنه يحتاج إلى أن يبيت فى الطريق، وينقطع عن اشتغاله.

ثم على قول من أخذ بالقياس فى هذه الفصول إذا لم يعده بمجرد الدعوى، وعلى قول من أخذ بالاستحسان إذا لم يعده بمجرد الدعوى إذا كان بعيدًا من المصر، ماذا يصنع؟ ذكر الخصاف رحمه الله فى "أدب القاضى": أن القاضى يأمر المدعى إقامة البينة على ما ادعاه، ولا تكون هذه البينة لأجل القضاء، وإنما تكون لأجل الإحضار، وقد

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم: فى قرية.

تكون البينة لا لأجل القضاء، وكما فى كتاب القاضى، فإن هناك المدعى يُقيم البينة ليكتب له، لا ليقضى عليه، فإذا أقام البينة على ما ادعى أمر بإحضاره، والمستور فى هذا يكفى، فإذا حضر أمر المدعى بإعادة البينة ليقضى بينهما، وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: القاضى يحلف المدعى على ما ادعاه، فإذا حلف أحضره.

فإن أرسل القاضى إلى المدعى عليه من يحضره، فلم يجده، فقال المدعى للقاضى: إنه توارى عنى، وسأل التسمير والختم على باب داره، فالقاضى يكلفه بإقامة البينة على أنه فى منزله؛ لأن القاضى بالتسمير يجعل الدار سجنًا عليه، إن كان هو فى الدار، وإن لم يكن فى الدار يُمنع الدار عنه، وكل ذلك عقوبة، فلا بد من الجناية، وإنما تتحقق الجناية إذا كان فى الدار، وأبى الحضور، فإن جاء بشاهدين يشهدان أنه فى منزله، فالقاضى يسألهما من أين علمتما؟ فإن قالا: رأيناه اليوم، أو أمس، أو منذ ثلاثة أيام ولياليها، قبل القاضى ذلك، وأمر بالختم؛ لأن الظاهر أنه حاضر أخفى نفسه، كما قال المدعى، فتحققت الجناية، وإن كانت الرؤية قد تقادمت لا يقبل ذلك عنهما الجناية[1] متّهمًا؛ لأن الرؤية إذا تقادمت يحتمل أن سافر بعد الرؤية قبل دعوى المدعى، فلم تتحقق الجناية[2].

ثم جعل ما زاد على ثلاثة أيام تقادمًا، قال شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله: الصحيح أن ذلك مفوض إلى رأى القاضى، وإن تقادمت رؤية الشاهدين إلا أنه كان لا يمكن للمدعى الدعوى لتأخر خروج قرعته، فإن كان القاضى أقرع بين الخصوم ليعلم كل واحد نوبة دعواه، يقبل ذلك منه؛ لأنه عذر، ثم إذا أراد القاضى التسمير، فكما يسمّر الباب الذى من جانب السكة يسمّر الباب الذى من جانب السطح؛ لأن المقصود[3] جعل الدار سجنًا عليه؛ لأنه لو ظفر به حبسه فى السجن، فإذا لم يظفر به يجعل البيت سجنًا عليه، وإنما يصير البيت سجنًا عليه بتسمير كلا البابين.

فإن قال الخصم للقاضى بعد ما ختم الباب، ومضت أيام: أنه قد جلس فى الدار،

---

(١) وكان فى الأصل: الخيانة.

(٢) وكان فى الأصل: الخيانة.

(٣) وكان فى الأصل: المقتصد.

ولايحضر، فانصب لى عنه وكيلا أقيم البينة عليه، فإن أبا يوسف رحمه الله كان يقول: القاضى بعث رسولا ينادى على بابه ومعه شاهدان؛ لأن قوله غير مقبول على فعل نفسه، فيحتاج إلى شاهدين ليشهدوا بما جرى عند القاضى، فينادى الرسول على باب الخصم ثلاثة أيام، كل يوم ثلاث مرات: يا فلان ابن فلان! إن القاضى يقول: احضر مع خصمك فلان ابن فلان مجلس الحكم، وإلا نصبت عليك وكيلا، وقبلت البينة عليك بحضرة وكيلك، فإذا فعل ذلك ولم يحضر نصب القاضى عنه وكيلا، وسمع البينة عليه، وأمضى الحكم عليه بحضرة وكيله.

قال الخصاف رحمه الله فى "أدب القاضى": وقال غير أبى يوسف: لا أرى أن أنصب عنه وكيلا، فقد بيّن أن هناك مخالفًا لأبى يوسف، ولم يذكر المخالف، فقيل: المخالف أبو حنيفة لا محمد، فقد روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله مثل قول أبى يوسف، وكان القاضى الإمام أبو على النسفى يقول: رأيت فى بعض رواية "النوادر": عن أبى حنيفة رحمه الله مثل قول أبى يوسف، ونص فى "المنتقى": عن أبى حنيفة رحمه الله: أن القاضى لا يقضى عليه حتى يحضر.

وفى "نوادر هشام": قال هشام: سألت محمدًا رحمه الله: ما تقول فى سلطان لإنسان قبله[1] حق ولا يجيبه إلى القاضى، فأخبرنى أن أبا يوسف رحمه الله كان يعمل بالإعداء، وهو قول أهل البصرة، قال: وصورة ذلك أن يبعث القاضى رسولا إليه من قبله ينادى على بابه أن القاضى يقول: أجب خصمك ينادى بذلك أيامًا، فإن أجاب، وإلا جعل القاضى لذلك السلطان الذى أبى أن يجيب وكيلا، فيتخاصمه هذا المدعى، فقلت له: فهل أنت تجعل له وكيلا؟ قال: نعم، فقلت: أفلا تكون قضيت على الغائب؟ فقال: لا، وكان أبو حنيفة رحمه الله لايعمل بالإعداء.

١٤٢٦١-وأما الهجوم على الخصوم: فصورته أن يكون لرجل على رجل دين، فتوارى المديون فى منزله، وتبين ذلك للقاضى، يبعث أمينين من أمنائه، ومعهما جماعة من أعوان القاضى، ومن النساء إلى منزله بغتة حتى يهجموا إلى منزله، ويقف الأعوان بالباب، وحول المنزل وعلى السطح حتى لا يمكنه الهرب، ثم تدخل النساء المنزل من

---

(١) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل: عليه.

غير استئذان وحشمة، فيأمرن حرم المطلوب حتى يدخلن فى زاوية، ثم يدخلن أعوان القاضى، ويفتشون الدار غرفها، وما تحت السر حتى إذا وجدوه أخرجوه، وإذا لم يجدوه يأمرون النساء حتى يفتشن النساء، فربما تزيّى بزيّ النساء، فهذا صورة الهجوم، فإذا طلب المدعى ذلك من القاضى، هل يفصل القاضى؟ قال صاحب الأقضية: وسّع فيه بعض أصحابنا، قالوا: أراد به أبا يوسف رحمه الله، فقد روى عنه أنه كان يفعل ذلك فى زمن قضاءه، وقد روى هشام: عن محمد رحمه الله مثل هذا أيضًا، وأصل ذلك ما روى عن عمر رضى الله عنه أنه هجم على بيت رجلين أحدهما قرشى، والآخر ثقفى بلغه فى بيتهما شراب، فوجد فى بيت أحدهما دون الآخر.

وكذلك هجم على بيت نائحة بالمدينة وأخرجها وعلاها بالدرة حتى سقط الخمار عن رأسها، وعن هذا قال أصحابنا رحمهم الله: لا بأس بالهجوم على بيت المفسدين، والدخول فيه من غير استئذان إذا سمع منه صوت فساد للأمر بالمعروف، والنهى عن المنكر.

قال شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله: ظاهر المذهب عندنا: أنه لا يجوز الهجوم للقاضى؛ لأن فيه هتك ستر المسلم، وهتك حرمة محارم المسلم، وذلك لايجوز.

١٤٢٦٢-وإن رأى القاضى أن يعطى المدعى طينته، أو خاتمًا لإحضار الخصم جاز؛ لأن المقصود إحضار الخصم، وكما يحصل هذا المقصود بالراجل يحصل بالعلامة، ، وفى العلامة لا يحتاج المدعى إلى تحمل مؤنة الراجل، فلما جاز بعث الاجل، فكذا يجوز بعث العلامة من طريق الأولى، والقضاة فى هذا مختلفون بعضهم اختاروا رفع طينته، وبعضهم اختاروا قطعة قرطاس، وبعضهم اختاروا رفع الخاتم، والخصاف رحمه الله اختار بذل العلامة فى المصر، والأشخاص خارج المصر؛ لأن فى المصر ثقل مؤنة الراجل فاختاروا بذل العلامة خارج المصر لهذا.

ولو أعطاه القاضى طينته أو خاتمًا، وذهب به إلى الخصم، وأراه ينبغى له أن يقول للخصم: هذا خاتم القاضى فلان يدعوك أ تعرفه، فإن قال: نعم أعرفه، ولكن لا أحضر أشهد المدعى على ذلك شاهدين حتى يشهد أن عند القاضى بتمرده، فإذا شهدا بذلك بعث القاضى من يحضره، أو يستعين فى ذلك بالوالى؛ لأن الوالى نصب لإحياء

حقوق الناس.

واختلف العلماء في أجرة الشخص بعضهم قالوا: هي في بيت المال، وبعضهم قالوا: على المتمرد؛ لأنه صار جانيًا بالتمرد، ولأجل ذلك احتيج إلى الشخص، فسبب وجوب هذه الأجرة كان منه، فيكون في ماله، وهو نظير ما قلنا: في السارق إذا قطعت يده، فأجرة الجلاد[1] وثمن الدهن الذي يحسم به عروقه على السارق؛ لأنه تقدم من سبب وجوبها، وهو السرقة، كذا ههنا.

ثم إذا حضر المدعى عليه مجلس القاضي، فالقاضي يأمر المدعي بإعادة البينة على تمرده؛ لأنه يريد معاقبته، فلا بد من إثبات الجناية عليه، وتلك البينة قامت على الغائب، فلايكتفى بها لعقوبته، فإذا أعاد البينة، عاقبه على ما صنع من التمرد وإساءة الأدب.

وكذلك لو كان المدعى عليه في الابتداء، قال: أحضر ثم لم يحضر؛ لأنه ظهر تمرده بفعله إلا أنه يعاقبه في هذه الصورة دون ما يعاقبه في الصورة الأولى؛ لأن هذا انقياد[2] قولا لا فعلا، والأول ما انقاد قولا ولا فعلا.

ثم قال: ولا يشترط التعديل في هذه الشهادة يعني في الشهادة على المتمرد والمستور يكفي وهذا قول الخصاف رحمه الله، وهكذا نقل عن إسماعيل بن حماد ابن أبي حنيفة رحمه الله وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يشترط التعديل، وهكذا روى عن محمد رحمه الله، ووجهه أن في هذه الشهادة إلزام العقوبة على المدعى عليه، فيشترط التعديل كما في الشهادة على سائر العقوبات.

ولو كان القاضي من الابتداء أمر المدعي أن يأخذ طينته من عند الأمير لإحضار المدعى عليه، فذلك جائز؛ لأن المقصود ربما لا يحصل بطينة القاضي، ويحصل بطينة الأمير؛ لأن للأمير من الحشمة ما ليس للقاضي فكانت طينة الأمير أقرب إلى حصول المقصود.

١٤٢٦٣-وفي الفتاوى: من أراد أن يستوفي حقه من باب السلطان، ولا يذهب باب القاضي، فهو مطلق فيه شرعًا، ولكن لا يفتى به، وبعض مشايخ زماننا رحمهم الله

---

(١) هكذا في الأصل وم، وكان في ظ: الجراد.

(٢) هكذا في الأصل، وكان في م وظ: انقاد.

على أنه إنما يطلق له فى ذلك إذا ذهب إلى القاضى أولا ، وعجز عن الاستيفاء من جهته ، أما لو أراد الذهاب إلى باب السلطان أولا ، لا يطلق له فى ذلك ، وبه يفتى .

وإذا ذهب إلى باب السلطان ، والتمس جوب دار لإحضار خصمه ، وأخذ جوب دار من خصم زيادة على الرسم ، هل للخصم أن يرجع بالزيادة على المدعى؟ ينظر أن ذهب المدعى إلى القاضى أوّلا ، وعجز عن استيفاء حقه من جهة القاضى لا يرجع الخصم بالزيادة على المدعى ، وإن لم يذهب إلى القاضى أوّلا يرجع .

وإن كان المديون يسكن فى دار بأجر ، وطالبه الغريم بالخروج إلى باب الحاكم ، فامتنع ، فالقاضى هل يسمّر الباب عليه؟ اختلف المشايخ رحمهم الله ، والصحيح أنه يسمّر فى "فتاوى أبى الليث رحمه الله" فى كتاب الشهادات .

١٤٢٦٤-وفى "مجموع النوازل" : إذا كان المديون يسكن فى دار زوجته ، وأبى الخروج إلى الحاكم ، فالقاضى يسمّر الباب عليه ؛ لأن فى هذا الباب العبرة للمساكنة حتى لو ثبت عند القاضى أنه نقل الأمتعة عنها ، ولم يبقَ مساكنا فيه ، لايسمّر الباب - والله أعلم بالصواب- .

الفصل الثاني عشر
فيما يقضى القاضى بعلمه، وما لا يقضي فيه بعلمه، وفى القضاء بأقل من اثنين

١٤٢٦٥-القاضى إذا علم بحادثة فى البلدة التى هو فيها قاضى فى حال قضاءه، ثم رفع إليه تلك الحادثة فى البلدة، وهوفى قضاءه بعد قضى بعلمه فى حقوق العباد قياسًا واستحسانًا فى الأموال وغيرها كالنكاح والطلاق، وغير ذلك فيه على السواء؛ لأن العلم الحاصل له بمعاينة السبب فوق العلم الحاصل له بالشهادة؛ لأن فى الشهادة احتمال، ولا احتمال فى المعاينة.

ثم القاضى يقضى بالشهادة فى هذه الحقوق، فبمعاينة السبب أولى، ثم إن صاحب الأقضية ذكر فى هذه المسألة إذا علم بحادثة فى حال قضاءه وفى مجلس قضاءه، وأراد بقوله فى مجلس قضاءه مصره، لا المكان الذى يقضى فيه لا محالة.

وذكر الخصاف رحمه الله فى هذه المسألة إذا علم فى البلدة التى هو فيها قاضٍ فى حال قضاءه فى مجلس قضاءه، أو فى غير مجلس قضاءه، وأراد بمجلس قضاءه المكان الذى يقضى فيه، وبغير مجلس قضاءه المكان الذى لا يقضى فيه.

١٤٢٦٦-وفى "المنتقى": عمرو بن أبى عمرو عن محمد رحمه الله فى "الإملاء" قال أبو حنيفة رحمه الله: ما أقر رجل بين يدى القاضى أخذه به إلا الحدود الخالصة لله تعالى، نحو الزنا وشرب الخمر والشرقة، قال: هذا إذا أقر به عند القاضى فى مجلس القضاء، أما إذا أقر به فى غير مجلس القضاء لم يأخذه بشىء من ذلك، وهذا قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله، وأراد بغير مجلس القضاء خارج المصر، فيكون هذا إشارة إلى أن المصر شرط نفاذ القضاء.

هذا الذى ذكر فى حقوق العباد، أما فى الحدود الخالصة لله تعالى يقضى بعلمه قياسًا، ولا يقضى بعلمه استحسانًا؛ لأن الحدود الخالصة لله تعالى يستوفيها الإمام من

غير أن يكون هناك خصم مطالب به، فلو قضى بعلم نفسه يتهمه بعض الناس بالجور، وبالإقامة بغير حق، وعليه أن يصون نفسه عنه، بخلاف القصاص وحد القذف؛ لأن هناك خصم مطالب إلا أنه إذا أتى بالسكران، فالقاضى يعزره لأجل التهمة لما به من أمارات السكر، ولا يكون ذلك حدًا.

وأما إذا علم بحادثة قبل أن يستقضى، ثم استقضى، ورفعت إليه تلك الحادثة وهو قاضٍ، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله: لا يقضى بذلك العلم، وعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله: يقضى، وعن محمد رحمه الله: أنه جع إلى قول أبى حنيفة رحمه الله، فوجه قول أبى يوسف رحمه الله ما ذكرنا أن العلم الحاصل بالمعاينة فوق العلم الحاصل بالشهادة، ومذهب أبى حنيفة رحمه الله مذهب شريح والشعبى، والمعنى فيه أن العلم الحاصل قبل القضاء علم شهادة، وأنه دون علم القضاء؛ لأن علم القضاء علم بما هو ملزم، فإن القضاء ملزم، وعلم الشهادة ليس بملزم؛ لأن الشهادة لا تصير ملزمة إلا بقضاء القاضى، فلو جاز القضاء، إما أن يجوز بذلك القدر، ولا وجه إليه، وإما أن يقال: يزداد علمه، ولا وجه إليه؛ لأن الموجود ليس إلا تقلد القضاء، وأنه لا يوجب زيادة العلم.

وأبو يوسف رحمه الله احتج على أبى حنيفة رحمه الله، فقال: ألا ترى أن رجلا لو سمع رجلا طلق امرأته، أو أعتق أمته، وهو يقدر على أن يحول بين المرأة والأمة وبين الزوج والمولى، يجب عليه أن يحول بينهما، فإذا استقضى لا يحول، قال: وألا ترى أن رجلا لو رأى رجلا يغصب ثوبًا من غير، وهو يقدر على نزع الثوب من الغاصب، ورده على المالك، يلزم النزع، والرد عليه، فإذا استقضى لايلزمه ذلك.

وأبوحنيفة رحمه الله يقول فى المسألة الأولى: إذا استقضى يحول بين الزوج والمولى، وبين المرأة والعبد، ولكن لا يقضى بالطلاق والعتاق، كما كان يفعل قبل الاستقضاء، وفى المسألة الثانية يقول: إن رده لا على وجه الحكم، فله ذلك، وهو فيما صنع مأجور، وإن رده على وجه الحكم، فليس له ذلك، وهو فيما صنع مخطئ، كما قبل القضاء.

فالحاصل أن على قول أبى حنيفة رحمه الله ما كان له قبل القضاء وهو الحيلولة،

ورد الثوب على وجه الحكم، فهو باقٍ بعد القضاء، وما لم يكن له قبل القضاء. ليس له ذلك بعد القضاء، والحكم بذلك العلم لم يكن له قبل القضاء لقضاء، فلا يجوز أن يستفيده بتقلد القضاء.

١٤٢٦٧-ولو علم بحادثة وهو قاضٍ، ولكن فى مصره هو ليس بقاضٍ فيه، ثم حضر مصره الذى هو قاضٍ فيه، ثم رفعت إليه تلك الحادثة، فأراد أن يقضى بعد العلم، فهو على الخلاف الذى مر، وهذا لأنه فى المصر الذى ليس بقاضٍ فيه بمنزلة واحد من الرعايا، فلا يكون علمه فى ذلك المصر علم قضاء بدخوله فى المصر الذى هو فيه قاضٍ، ولو علم بحادثة وهو قاضٍ، ولكن فى رساتيق المصر الذى هو فيه قاضٍ، ثم دخل المصر، ورفعت إليه تلك الحادثة لا شك على قولهما: إنه يقضى بذلك العلم، فأما على قول أبى حنيفة رحمه الله اختلف المشايخ رحمهم الله فيه، بعضهم قالوا: إذا لم يكن مقلداً على القرى حتى كان له أن يقضى فى المصر، وليس له أن يقضى فى القرى، لا يقضى بمنزله ما لو علم بحادثة فى مصر، هو ليس بقاضٍ فيه، ثم رجع إلى مصره الذى هو فيه قاضٍ.

فأما إذا كان مقلداً على القرى بأن كان فى منشوره تقليد البلدة ونواحيها، كان له أن يقضى لأنه إذا كان مقلّداً على القرى، كما هو مقلد على النواحى، كان له أن يقضى فى القرى، كما له أن يقضى فى البلدة، فإنما استفاد العلم فى حادثة، فيقضى به، وهذا القول يرجع إلى أن المصر ليس بشرط لنفاذ القضاء، وهو رواية عن أبى يوسف رحمه الله.

وقال بعض مشايخنا رحمهم الله: وإن كان مقلداً على القرى، ليس له أن يقضى بذلك العلم على قول أبى حنيفة رحمه الله [لأن[1] على قول أبى حنيفة رحمه الله] وإن كان مقلداً على القرى ليس ل أن يقضى فى القرى، فما استفاد العلم فى مكان قضاءه، فكان علم شهادة لا علم قضاء، فلا يكون له أن يقضى بذلك العلم، وهذا القول يرجع إلى أن المصر شرط لنفاذ القضاء، وهو ظاهر رواية أصحابنا رحمهم الله، وهذا لأن القضاء من معالم الدين مختص بالأمصار كالجمعة والعيدين.

---

(١) هكذا فى م، ، وكان فى الأصل وظ: لأنه.

١٤٢٦٨-وفى "المنتقى": وما سمع خارجًا من المصر فى أى وجه خرج لم يحكم به إلا أن يكون خرج للعيدين، فكأنه سمع فى مجلس قضاءه، وهذا على قياس قول أبى حنيفة وزفر رحمهما الله، وأما إذا علم وهو قاضٍ فى مصره، ثم عزل عن القضاء، ثم أعيد عليه بعد ذلك، هل يقضى بذلك العلم؟ لا شك أن على قولهما: يقضى، فأما على قول أبى حنيفة رحمه الله: لا يقضى؛ لأن بالعزل صار ذلك العلم علم شهادة، ولم يبقَ علم قضاء، فلا ينقلب علم قضاء بعد ذلك بالتقليد، وصار كما لو شهد الشهود عند القاضى فى حادثة وهو قاضٍ، ثم عزل عن القضاء، ثم أعيد عليه، فإنه لا يقضى بتلك الشهادة، كذا ههنا.

١٤٢٦٩-وفى "نوادر ابن سماعة": عن محمد رحمه الله فى حاكم أخبر بإعتاق رجل عبده، أو بطلاق رجل امرأته ثلاثًا، قال: إن أخبره بذلك عدلان، فينبغى أن يجتهد فى طلب ذلك أشد الطلب حتى يظفر به، وينظر فى أمره يريد بهذا إذا أخبر أن فلانًا أعتق عبده، ثم استرقه، أو طلّق امرأته ثلاثًا، ثم لا يعزل عنها، وإنما كان الجواب كذلك؛ لأن خبر العدلين حجة مطلقة يقطع الأحكام بها، ويلزم القضاء بها، فيثبت المخبر به فى حق القاضى، فلهذا كان عليه الطلب، وإن كان المخبر[1] واحدًا عدلا، وكان أكبر رأيه أنه صادق، فالأفضل فى ذلك طلبه، وإن لم يفعل، رجوت أن يكون فى سعة منه، وهذا لأن خبر الواحد العدل حجة فى الديانات حتى عمل به فى طهارة الماء ونجاسته، إلا أنه ليس بحجة مطلقة، فمن حيث إنه ليس بحجة مطلقة، قلنا: إن لم يطلب كان فى سعة.

ونظير هذا رجل أخبره رجلان عدلان أنه مع امرأته ارتضعا من امرأة واحدة لزمه الاجتناب عنها، ولو أخبره بذلك رجل واحد، فالأفضل أن يجتنب عنها، وإن أقام عليها فهو فى سعة منها، والمعنى ما ذكرنا، ولو كان المخبر للحاكم رجلا واحدًا لا يدرى صدقه من كذبه، يعنى لا يدرى عدالته، فليس له على الطلب أصلا؛ لأن الخبر إنما يصير حجة بوصف الصدق، وإنما يثبت هذا الوصف للخبر بالعدالة، فإذا لم توجد العدالة لا يثبت هذا الوصف للخبر فى حق الحكم، فلا يلزم الطلب أصلا -والله أعلم بالصواب-.

---

(١) وفى الأصل: المخبر به.

الفصل الثالث عشر
فى القاضى يجد فى ديوانه شيئًا لا يحفظ وفى نسيانه قضاءه وفى الشاهد يرى شهادته ولا يحفظ

١٤٢٧٠-إذا قضى القاضى بقضية، وأتى على ذلك زمان، ثم احتاج المقضى له إلى تلك القضية، فشهد شاهدان عند ذلك القاضى أنك قد قضيت لهذا على هذا بكذا، ولا يذكر القاضى ذلك، قال أبو حنيفة رحمه الله: القاضى يقبل هذه الشهادة، ثم رجع وقال: لايقبل[١] هذه الشهادة، ولا يقضى إلا بما يحفظه، وكان أبو يوسف رحمه الله أولا يقول: القاضى يقبل هذه الشهادة، ثم رجع، وقال: لايقبل، روى رجوعه بشر فى "نوادره"، ومحمد رحمه الله يقول: القاضى يقبل شهادتهما، ويلزم المشهود عليه ذلك، وهو قول الحسن بن زياد وإسماعيل بن حماد ابن أبى حنيفة رحمهم الله.

وأجمعوا على أنه لم يبينا المقضى عليه بأن شهدا عند القاضى أنك قضيت لهذا بكذا، ولم يقولا: على من قضيت، أن القاضى لا يقبل شهادتهما.

حجة محمد رحمه الله أن الأقضية تكثر، ولكثرتها لا يمكن للقاضى حفظها، فلو لم يمكن إثباتها بالبينة لتعطلت الحقوق، ألا ترى أنه يمكن إثباتها بالبينة عند قاضٍ آخر، وإنما أمكن إثباتها لما قلنا، وهذا الطريق موجود فى هذا القاضى.

ولأبى حنيفة رحمه الله أنه لو قبلت هذ البينة صار القاضى خصمًا؛ لأنه بهذه البينة يثبت عليه فعله، والقاضى لا يصلح خصمًا، ألا ترى أن رجلا لو أقام عليه بينة أنك غصبت منى كذا، واستقرضت منى كذا، لا تقبل هذه البينة، وطريقه ما قلنا، ولأن القضاء على مرتبة من الشهادة.

١٤٢٧١-ولو شهد شاهدان عند رجل أنك تحملت شهادة كذا، وهو لا يتذكر، لايسعه أن يشهد بقولهما، فأولى أن لا يقضى القاضى بشهادتهما.

---

(١) هكذا فى الأصل وم، وكان فى ظ: لاتقبل.

وإذا وجد القاضى شهادة شهود فى ديوانه، أى فى خريطته، والخريطة مختومة بختم القاضى، والشهادة مكتوبة بخطه، أو بخط نائبه، إلا أنه لا يتذكر تلك الشهادة، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله : لا يقضى بتلك الشهادة، وعلى قولهما : يقضى .

وكذلك إذا وجد سجلا فى خريطته، والخريطة مختومة بختمه، والسجل مكتوب بخطه، أو بخط نائبه، فالقاضى لا يمضى ذلك السجل عند أبى حنيفة رحمه الله، وعندهما : يمضى .

١٤٢٧٢-وإذا وجد الشاهد شهادته شهادته مكتوبة بخطه، وهو لا يتذكر الحادثة، فعامة المشايخ رحمهم الله على أن هذا الفصل على الخلاف الذى مر ذكره، وهو الظاهر، وذكر شمس الأئمة السرخسى رحمه الله : أن على قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله : لا يسعه أن يشهد، وعلى قول محمد رحمه الله : يسعه .

وفى "نوادر بشر" : عن أبى يوسف كما ذكر شمس الأئمة رحمه الله، ومن هذا الجنس رواية الأخبار عن رسول الله ﷺ إذا وجد الرجل سماعه مكتوبًا فى موضع، لكن لا يتذكر ذلك، لا يحل له أن يروى عند أبى حنيفة رحمه الله، وعندهما له أن يروى، فشرط الرواية عند أبى حنيفة رحمه الله أن يحفظ الحديث من حين سمع إلى أن يروى، وعندهما الحفظ ليس بشرط، فمحمد رحمه الله وسّع فى هذه الفصول كلها، وجوز للقاضى قبول الشهادة على قضاءه، وجوّز الاعتماد على المكتوب، وقال : النسيان مركب فى الآدمى، فلو لم يجر الاعتماد على هذه الأشياء عند النسيان لتعطلت الحقوق .

وأبو حنيفة رحمه الله شدد فى الكل، فلم يجوّز للقاضى قبول الشهادة على قضاءه، ولم يجوّز الاعتماد على المكتوب فى الفصول الثلاثة .

والوجه فى ذلك أن الشهادة والقضاء يُبنيان على العلم، وكذلك رواية الأخبار؛ لأنها شهادة على النبى ﷺ، ولا علم بدون التذكر والكتاب لأجل التذكر، لا لأجل الاعتماد؛ لأنه لا يؤمن فيه الزيادة والنقصان، فبدون التذكر وجوده والعدم بمنزلة، وأبو يوسف رحمه الله وسع فيما يجد القاضى فى ديوانه مختومًا بخاتمه، وفى رواية الأخبار وضيق فى قبول القاضى الشهادة على قضاءه فى الشاهد يجد شهادته مكتوبًا بخطه على ما ذكره شمس الأئمة السرخسى رحمه الله، وقال : الأخذ بالعزيمة فيما قاله أبو حنيفة

رحمه الله، إلا أن في رواية الأحاديث ضرورة؛ لأن الإنسان سمع مثلا عشرين ألف حديث، ولا يمكنه حفظ الكل، فلو لم يكن له أن يعتمد على خط سماع لتعطل ذكر الحديث، وما يتوهم من التزوير في كتابة السماع نادر غاية الندرة، إذ لا يقطع[1] فيه، ولا ضرورة لأحد، وكذلك فيما يجده القاضي في ديوانه مختومًا بختمه ضرورة؛ لأن القضاء يكثر ولايحفظ الكل، فتقع الحاجة إلى الاعتماد على الخط، واحتمال التزوير منتفٍ ظاهرًا؛ لأنه في يده مختوم بخاتمه، فالظاهر أنه لم يغير شيئًا منه، بخلاف الصك على ما ذكره شمس الأئمة السرخسي رحمه الله؛ لأن الصك لا يكون في يد الشاهد، فلا يأمن فيه الزيادة والنقصان، حتى روى عنه أن قال: لو كان الصك في يد الشاهد، جاز له أن يشهد، وإن لم يذكر.

وفي "نوادر ابن سماعة": عن محمد رحمه الله قال: سألت محمدًا رحمه الله عن قاضٍ يخرج من البلدة التي هو قاضٍ فيها، ولم يخلف عينًا لأهل له أن يضع قماطره عند من يثق به من أهل البلدة، وإذا رجع عمل بما فيه إذا أصاب القماطر بخاتمه والكتب التي في جوف القماطر مختمة أو غير مختمة، والقاضي يذكر قضاياه أولا، قال: لا بأس بهذا، وهذا أمر لايمنع منه، ولو لم يجز ذلك لم يجز أن يحكم بما في بيته؛ لأنه لا يؤمن أن يغيّر شيئًا من ذلك بعض أهله.

١٤٢٧٣-قال في "كتاب الأقضية": ولو أن قاضيًا عزل عن القضاء، ثم رد عليه، فإنه لا يعمل بشيء مما كان في ديوان الأول الأشياء يتذكره، اعلم بأن هذ المسألة على وجهين: الأول: أن يتذكر ذلك، وفي هذا الوجه لا يقضي بذلك عند أبي حنيفة رحمه الله، خلافًا لهما، الوجه الثاني: أن لا يتذكر ذلك، وفي هذا الوجه لايقضي بلا خلاف، أما على قول أبي حنيفة رحمه الله فلأن على قوله لا يقضي بما يجد في ديوانه الحالي إذا كان لا يتذكر ذلك، فأولى أن لا يقضي بما يجد في ديوانه الأول، والفرق لهما أن قضية القياس أن لا يقضي بما يجد في ديوانه الحالي إذا كان لا يحفظ ذلك، كما قال أبو حنيفة رحمه الله؛ لأن القضاء بغير علم لايجوز، لكن تركنا القياس في ديوانه الحالي ضرورة؛ لأن القاضي لكثرة أشغاله لا يمكنه حفظ جميع الأشياء، فلو لم يجز العمل بما

---

(١) هكذا في الأصل وم، وكان في ظ: لا يقع.

في الديوان عند النسيان، ضاق الأمر على الناس، وفي مثل هذه الصورة لا يتأتى في ديوانه الأول؛ لأن بالعزل يبطل حكم ذلك الديوان؛ لأنه لا يمكن العمل به، والباطل لا يعود، خصوصًا إذا كان ثبوته مع المنافي، فعمل بالقياس فيما يجد ديوانه الأول، كما عمل أبو حنيفة رحمه الله -والله أعلم-.

الفصل الرابع عشر
فى القاضى يقضى بقضية ثم يبدو له أن يرجع عنه
وفى وقوع القضاء بغير حق

١٤٢٧٤-وإذا قضى القاضى بقضية، ثم بدا له أن يرجع عنها، فإن كان الذى قضى به خطأ لايختلف فى الفقهاء رده لا محالة؛ لأنه باطل، وإن كان ذلك مما يختلف فيه الفقهاء أمضاه لامحالة، وقضى فى المستقبل بما يرى أنه أفضل.

واعلم بأن التحول من رأى إلى رأى فى المجتهدات جائز؛ لأن المجتهد فيما اجتهد لايكون مصيبًا الحق لا محالة؛ لأنه لا يعمل فيه بدليل قطعى، وإنما يعمل فيه بغالب الظن، فالدليل الموجب للعلم بالرأى الأول غلبة الظن أنه هو الصواب، فإذا غلب على ظن أن الصواب هو الثانى دون الأول، فقد وُجد الدليل الموجب للعمل بالرأى الثانى، فيعمل به إلا أنه إنما يعمل بالثانى فى المستقبل دون الماضى؛ لأن الرأى الثانى حدث الآن، ولم يكن موجودًا فى الماضى، فلا يجب العمل به حال عدمه.

توضيحه: أن الرأى الثانى ناسخ للأول، وإنما يعمل بالناسخ فى المستقبل دون الماضى، وإليه أشار عمر رضى الله عنه حين قضى فى حادثة بقضية، وقضى بعد ذلك فى مثلها بخلافه، فقيل فى ذلك، فقال: تلك كما قضينا وهذه كما نقضى.

١٤٢٧٥-ثم قضاء القاضى إذا وقع بخلاف الحق لا يخلو عن وجهين: إما إن أخطأ فيما قضى، أو تعمّد الجَور فيما قضى، وأقر بذلك، أو أخطأ، وكل ذك على وجهين: إما أن يكون فى حقوق الله تعالى، أو فى حقوق العباد، فإن أخطأ، وكان ذلك فى حقوق العباد إن أمكن التدارك والرد، بأن قضى بماله، أو صدقة، أو بطلاق، أو عتاق، ثم ظهر خطئه، وبأن ظهر أن الشهود عبيد، أو كفار، أو محدودون فى القذف، فإنه يبطل ذلك القضاء، ويرد العبد رقيقًا، وترد المرأة إلى زوجها، ويرد المال إلى من أخذ منه؛ لأنه لما بطل القضاء عاد الأمر إلى ما كان قبله، وإن كان خطأ لا يمكن رده بأن كان قضى بالقصاص، واستوفى لا يقتل المقضى له بالقصاص، وإن تبين أنه قتل بغير حق،

وتصير صورة القضاء شبهة مانعة وجوب القصاص ، ولكن تجب الدية فى مال المقضى له ؛ لأن القتل الحرام فى دار الإسلام لا يخلو عن عقوبة ، أو غرامة ، وتعذر إيجاب العقوبة ، فتجب الغرامة ، وتكون فى مال المقضى له ؛ لأنه تعذر الإيجاب على القاضى ؛ لأن خطأه موضوع عنه إما لأنه مأمور باتباع الظاهر ، وقد اتبع الظاهر ، فقد أتى بالمأمور ، والإتيان بالمأمور به ينافى وجوب الضمان على المأمور ، وإما لأنه يتقاعد عن أمر القضاء حتى لا يلزمه الضمان عند ظهور الخطأ الذى ليس فى وسعه الاحتراز عنه ، فيؤدى إلى تعطيل الأحكام ، وأنه لا يجوز .

١٤٢٧٦-وإذا تعذر إيجاب الغرامة على القاضى ، أوجبناها على المقضى له ؛ لأن القاضى عامل له ، فكان غُنم القضاء له ، فيكون الغُرم عليه ليكون الغرم بمقابلة الغنم .

وهذا كله إذا ظهر خطأ القاضى بالبينة ، أو بإقرار من المقضى له ، فأما إذا ظهر ذلك بإقرار القاضى ، لا يظهر ذلك فى حق المقضى له حتى لا يبطل قضاءه فى حق المقضى له ؛ لأن حق المقضى له قد تعلّق بذلك ، والقاضى يريد إبطاله وهو نظير الشاهد إذا رجع عن شهادته لا يعمل رجوعه فى حق المقضى له ، حتى لا ينتقض القضاء ، ولكن الشاهد يضمن ، كذا هنا .

وإن أخطأ ، وكان ذلك فى حقوق الله تعالى ، بأن قضى بحد الزنا ، أو بحد السرقة ، أو بحد شرب الخمر ، واستوفى القطع والرجم والحد ، ثم ظهر أن الشهود عبيد ، أو كفار ، أو محدودون فى القذف ، فضمان ذلك فى بيت المال ؛ لأنه تعذر إيجاب الضمان على القاضى ، لما مر ، وهذا القضاء كان لجماعة المسلمين ، فيكون الغرم فى مالهم ، وإن كان القاضى تعمد الجَور ، فيما قضى ، وأقر به ، فالضمان فى مال فى هذه الوجوه كلها بالجناية ، والإتلاف على المقضى عليه ، فجناية القاضى وإتلافه على الغير سبب لوجوب الضمان ، ويعزّر القاضى على ذلك ، لارتكابه الجريمة العظيمة .

قال : ويعزل عن القضاء ، ولم يقل وينعزل عن القضاء ، فهذا إشارة إلى أن القاضى بمجرد الفسق لا ينعزل ، ولكن يستحق[1] العزل ، وقد مر هذا فى صدر الكتاب - والله أعلم بالصواب - .

---

(١) وكان فى الأصل : يستحسن .

الفصل الخامس عشر
فيما إذا وقع القضاء بشهادة الزور ولم يعلم القاضي به

الكلام في هذا الفصل في مواضع أخذها في العقود والفسوخ، وفيها اختلاف على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله الأول قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور ينفذ ظاهرًا وباطنًا، وعلى قول محمد وأبي يوسف رحمهما الله الآخر: ينفذ ظاهرًا لا باطنًا.

١٤٢٧٧-صورة المسألة في العقود كثيرة من جملتها: رجل ادعى على المرأة النكاح، وهي تجحد، وأقام عليها شاهدي الزور، قضى القاضي بالنكاح بينهما، حل للرجل وطءها، وحل للمرأة التمكين منه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله الأول، وعند محمد وأبي يوسف الآخر: لا يحل لهما ذلك.

والوجه لأبي حنيفة رحمه الله: أن القاضي قضى بأمر الشرع، فيجب تنفيذه ظاهرًا وباطنًا ما أمكن، بيان الوصف الأول أن دليل الأمر بالقضاء شهادة شهودهم صدقة ظاهرًا؛ لأن الصدق حقيقة مما لا يوقف عليه، والشهود ههنا صدقة ظاهرًا.

بيان الثاني أن القضاء لما وقع بأمر الشرع علم أنه وقع بحق؛ لأن الأمر بالباطل لايكون، وإنما يكون هذا القضاء بحق إذا نفذ ظاهرًا وباطنًا، وأمكن لقول بنفاذه ظاهرًا وباطنًا بإنشاء النكاح مقتضى القضاء سابقًا عليه، وللقاضي ولاية إنشاء النكاح في الجملة، وقد مست الحاجة ههنا إلى الإنشاء حتى لا يقع قضاءه تمكينًا من الحرام، فيثبت الإنشاء سابقًا على القضاء، وإذا ثبت الإنشاء كان الرجل واطئًا لامرأته، وكانت المرأة ممكنة من زوجها، وكل ذلك جائز.

١٤٢٧٨-وصورة المسألة في الفسخ كثيرة، من جملتها امرأة ادعت على زوجها أنه طلقها ثلاثًا، وأقامت على ذلك شهود زور، وقضى القاضي بالفرقة بينهما، وتزوجت بزوج آخر بعد انقضاء العدة، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله، وهو قول أبي

يوسف رحمه الله الأول: لايحل للزوج الأول وطءها ظاهراً وباطنًا، ويحل للزوج الثانى وطءها ظاهرًا وباطنًا، علم بحقيقة الحال أن الزوج الأول لم يطلقها، بأن كان الزوج الثانى أحد الشاهدين أو لم يعلم بحقيقة الحال، بأن كان الزوج الثانى أجنبيّا.

وأما على قول أبى يوسف رحمه الله الآخر، وهو قول محمد رحمه الله: لايحل للثانى وطءها إذا كان عالـمًا بحقيقة الحال؛ لأن الفرقة عندهما لم تقع باطنًا، وإن لم يعلم بحقيقة الحال، يحل له وطءها، هكذا ذكر شيخ الإسلام رحمه الله فى كتاب الرجوع، وهل يحل للأول وطءها؟ على قول أبى يوسف رحمه الله الآخر: لا يحل مع أنه لم يقع الفرقة عنده باطنًا؛ لأنه لو فعل ذلك كان زانيًا عند الناس، فيحدّونه، هكذا ذكر فى بعض المواضع.

وذكر شيخ الإسلام رحمه الله فى كتاب الرجوع عن الشهادات: أن على قول أبى يوسف رحمه الله الآخر: يحل للأول وطءها سرّا، وعلى قول محمد رحمه الله: يحل للأول وطءها ما لم يدخل بها الثانى، فإذا دخل بها الثانى لا يحل للأول وطءها، سواء كان الثانى يعلم بحقيقة الحال أو لم يعلم، وهذا الجواب على قول محمد رحمه الله ظاهر فيما إذا لم يعلم الثانى بحقيقة الحال؛ لأن الثانى تزوجها، وهى فى الباطن منكوحة الأول عند محمد رحمه الله إلا أن الثانى لم يعلم به، فكان النكاح الثانى فاسدًا عنده، فإذا دخل بها الثانى وجب عليه العدة من الثانى، ولايحل للأول وطءها، وإن كانت امرأة الأول حتى تنقضى عدتها من الثانى بهذا الدخول مشكل فيما إذا كان الثانى عالـمًا بحقيقة الحال؛ لأنه تزوجها، وهو يعلم أنها منكوحة الأول، فوقع نكاحه باطلا، وكان هذا الوطء زنا، ومنكوحة الإنسان إذا زنت لا تجب عليها العدة، ولا يحرم على الزوج وطءها.

والوجه فى ذلك أن هذا النكاح اختلف العلماء فى جوازه، وكل نكاح هذا حاله، فالدخول فيه يوجب العدة، كالنكاح بغير شهود بخلاف نكاح معتدة الغير، أو منكوحة الغير، فإن الدخول فيه، لا يوجب العدة؛ لأن أحدًا لم يقل: بجواز ذلك النكاح، فلم ينعقد أصلا، أما ههنا بخلافه.

١٤٢٧٩-ومن جملة صور الفسخ: صبى وصبية سبيا وهما صغيران، فكبرا

وأعتقا، ثم تزوج أحدهما الآخر، ثم جاء حربى مسلمًا، وأقام بينة أنهما ولداه، فالقاضى يقضى بنسبهما، ويفرّق بينهما، فإن رجع الشاهدان عن شهادتهما حتى تبين أنهما شهدا بزور لا يسع للزوج وطءها عند أبى حنيفة رحمه الله؛ لأنه يقضى عليه بالحرمة، وقد نفذ القضاء ظاهرًا وباطنًا، وكذلك على قول محمد رحمه الله: لايسع للزوج وطءها؛ لأنه لا يعلم بحقيقة كذب الشهود، فإن كان تزوجها أحد الشاهدين يجب أن تكون المسألة على الخلاف.

١٤٢٨٠-ومن جملة صور العقد: إذا قضى القاضى بالبيع بشهادة الزور وأنه على وجهين: أحدهما: أن يكون الدعوى من جانب المشترى، بأن ادعى رجل على غيره أنك بعت منى هذه الجارية بكذا، وأقام على ذلك شهود زور، فقضى القاضى بالجارية للمشترى نفذ قضاءها باطنًا عند أبى حنيفة رحمه الله حتى يحل للمشترى وطءها خلافًا لمحمد رحمه الله بعض مشايخنا قالوا: يجب أن يكون مسألة البيع على التفصيل عند أبى حنيفة رحمه الله إن كان الثمن المذكور مثل قيمة الجارية، أو أقل مقدار ما يتغابن الناس فيه ينفذ قضاءه باطنًا، وإن كان أقل مقدار ما لا يتغابن الناس فيه، لا ينفذ قضاءه باطنًا.

وهكذا ذكر فى "المنتقى" نصّا عن أبى حنيفة رحمه الله؛ لأن طريق تصحيح القضاء باطنًا عند أبى حنيفة رحمه الله فى العقود والفسوخ أن القاضى بقضاءه يصير منشئًا للذلك التصرف، وإنما يصير القاضى منشئًا فيما له ولاية الإنشاء، وله ولاية إنشاء البيع بمثل القيمة أو أقل مقدار ما يتغابن الناس فيه، وأما ليس له ولاية إنشاء البيع بأقل من القيمة قدر ما لا يتغابن الناس فيه؛ لأنه تبرع بمقدار الغبن، وليس للقاضى ولاية إنشاء التبرع، وبعضهم قالوا: لا، بل ينفذ القضاء على كل حال؛ لأن البيع وإن كان يغبن، فهو مبادلة، ألا ترى أنه يملكه المكاتب، والعبد المأذون، وإن كانا لا يملكان التبرع، فينفذ قضاءه باطنًا عنده، كما فى سائر المبادلات.

الوجه الثانى: أن يكون الدعوى من جانب البائع، وصورته رجل ادعى على آخر أنك اشتريت منى هذه الجارية، وأقام على ذلك شهود زور، وقضى القاضى بذلك، حل للمشترى وطء الجارية عند أبى حنيقة رحمه الله، وأما على قول محمد رحمه الله: إن عزم المشترى على ترك الخصومة، حل له وطءها؛ لأن بدعوى البائع وُجد أحد شطرى

العقد، والقاضي بقضاءه تولى الشطر الآخر من جهة المشترى بغير رضاه، فيتوقف على اختياره، فإذا عزم على ترك الخصومة، فقد اختاره، فينفذ فى حقه.

هذا إذا أقام المدعى شهود زور، ولو لم يقم المدعى شهودًا، وحلف المشترى، وردّت الجارية على البائع إن عزم البائع على ترك الخصومة، حل له وطءها؛ لأن بجحود المشترى انفسخ الشراء فى حقه؛ لأن جحود ما عدا النكاح فسخ له، وتوقف الفسخ فى حق البائع على اختياره، فإن عزم على ترك الخصومة، فقد اختاره، فتم الفسخ بينهما، فيحل للبائع وطءها.

ثم اختلف المشايخ رحمهم الله فى تفسير العزم على ترك الخصومة، قال بعضهم: تفسيره العزم بالقلب، وقال بعضهم: أن يشهد بلسانه على العزم بالقلب، ولا يكتفى بمجرد النية بالقلب، فقد أثبت الفسخ من جهة البائع بمجرد العزم على الفسخ، وإنه مشكل؛ لأن فسخ شيء من العقود لا يثبت بمجرد النية ألا ترى أنه لو كان فى البيع خيار شرط، أو خيار رؤية، ونوى بقلبه الفسخ لا ينفسخ بمجرد النية إلا أن يكون معنى المسألة عزم على ترك الخصومة بالوطء، فيكون الفسخ بفعل اقترن به النية لا بمجرد النية.

١٤٢٨١-ومن جملة صورة العقد: رجل ادعى على رجل هبة مقبوضة، وأقام على ذلك شهود زور، وقضى القاضى للمدعى، فعلى قول محمد رحمه الله: ينفذ القضاء ظاهرًا لا باطنًا، حتى لا يحل للمقضى له الانتفاع.

وعن أبى حنيفة رحمه الله: فيه روايتان بناء على أن قضاء القاضى بالتبرعات بشهادة الزور، هل ينفذ باطنًا؟ فعن أبى حنيفة رحمه الله: فيه روايتان، فى رواية: لا ينفذ، إذ ليس للقاضى ولاية إنشاء التبرع، وفى رواية أخرى: ينفذ باطنًا؛ لأن للقاضى ولاية إنشاء التبرع فى الجملة، وأما الأملاك المرسلة، فالقضاء فيها بشهادة الزور لا ينفذ باطنًا بالإجماع؛ لأن هناك لا يمكن تصحيح القضاء باطنًا؛ لأنه لايمكن إنشاء الملك سابقًا؛ لأن إنشاء المللك مطلقًا بلا سبب، ليس فى وسع العباد، وتعدد إنشاء السبب؛ لأن فى أسباب الملك كثرة، وليس البعض أولى من البعض.

وأما قضاء القاضى بالنسب بشهادة الزور، فقد قيل: إنه على الخلاف، وقيل: إنه لا ينفذ باطنًا بلا خلاف.

١٤٢٨٢-صورة المسألة : أمة ادّعت على مولاها أنها ابنته ، وأنه أقر بذلك ، وأقامت على ذلك شهود زور ، وقضى القاضي بذلك حرم على المولى وطءها عند أبي حنيفة رحمه الله ، خلافًا لمحمد رحمه الله ، وعند بعض المشايخ : لا يحرم بالإجماع ، فإن مات الأب ، وترك ميراثًا ، هل يحل لها أكله؟ ذكر في كتاب الرجوع أنه يحل لها أكله من غير ذكر خلاف .

واختلف المشايخ رحمهم الله فيه ، بعضهم قالوا : هو على الخلاف ، وبعضهم قالوا : لايحل لها أكله بلا خلاف ، فعلى قول هذا القائل يحتاج أبو حنيفة رحمه الله إلى الفرق بين النسب والنكاح .

والفرق أن في فصل النكاح أمكن تصحيح قضاءه باطنًا بإنشاء السبب ؛ لأنه ادعى السبب ، ففعلنا كذلك تصحيحًا لقضاءه بقدر الممكن ، أما ههنا ما ادعى السبب ؛ لأنه ادعى الملك بالإرث ، والثابت للوارث عين ما كان للمورث على ما عرف ، والثابت للمورث مطلق ، فكذا الثابت للوارث ، فعلم أن هذا دعوى ملك مطلق ، وقضاء القاضي في الأملاك المرسلة لا ينفذ باطنًا ، وبعضهم قالوا : يحل لها أكل ميراثه بلا خلاف ، فعلى قول هذا القائل يحتاج محمد رحمه الله إلى الفرق بين النسب وما تقدم .

والفرق : أن المرأة لا تعرف ثبات النسب وعلوقها حقيقة ؛ لأن العلوق غيب عنها ، وإنما يعرف بشهادة الشهود ، فصار حالها كحال القاضي من حيث إن كل واحد منهما يعتمد شهادة الشهود ، فيحل لها أن تأكل ميراثه ، أما فيما تقدم المدعي يعرف حقيقة الحال ، ويعرف بطلانه في الدعوى ، وخطأ القاضي في قضاءه ، فلايثبت بالقضاء في حقه ما لم يكن ثابتًا من قبل ، وإن ماتت المرأة ، ذكر محمد رحمه الله هذه المسألة في كتاب الرجوع ، وذكر أنه يحل له أكل ميراثها .

قال شيخ الإسلام رحمه الله : وهذا الجواب على قول الكل ؛ لأن الحال لايخلو إما إن كانت أمته أو ابنته ، فإن كانت أمته ، فهذا كسب أمته ، فيحل له بالإجماع ، وإن كانت ابنته كان ميراثها حلالا له بالإجماع ، وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله أن هذا الجواب مشكل عند الكل لو كان المذكور قول الكل ، أما عند محمد رحمه الله فظاهر ، وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلأن طريق تصحيح قضاء القاضي عنده باطنًا إنشاء

السبب، وليس للقاضي ولاية الإنشاء في الميراث والنسب.

قال محمد رحمه الله: حتى قال بعض مشايخنا رحمهم الله: ما ذكر في الكتاب قول أبي حنيفة رحمه الله، وتأويله أنه يأكل ميراثها بسبب الولاء؛ لأن القاضي قضى بالحرية، وله فيه ولاية الإنشاء، فيثبت الولاء له بقضاء القاضي عنده، فيأكل ميراثها بسبب الولاء، لا بسبب القرابة، قال محمد رحمه الله: والأصح عندي أنه يأكل ميراثها عند أبي حنيفة رحمه الله بسبب القرابة؛ لأنه لما كان للقاضي ولاية الإنشاء في قطع النسب باللعان، كان له ولاية الإنشاء في القضاء بالنسب إذا صادف محله، وقد صادف محله ههنا؛ لأنه ليس لها نسب معروف، فلهذا قال: يأكل ميراثها.

١٤٢٨٣-وذكر شيخ الإسلام رحمه الله في كتاب الرجوع في موضع آخر: أن النسب يثبت بقضاء القاضي باطنًا بشهادة الزور عند أبي حنيفة رحمه الله، وذكر وجه ذلك، فقال: إن كان القاضي لا يملك إنشاء النسب بولاية القضاء من غير شهادة، فالخصمان يملكان ذلك، وكما يملك القاضي الإنشاء بشهادة الزور فيما يملك إنشاءه بولاية القضاء من غير بينة يملك الإنشاء بشهادة الزور فيما يملك الخصمان إنشاءه بولاية القضاء من غير بينة يملك الإنشاء بشهادة الزور فيما يملك الخصمان إنشاء على إحدى الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله، فإنه يقول على إحدى الروايتين: القاضي يملك إنشاء الهبة حتى قال: بأن قضاء القاضي بالهبة بشهادة الزور ينفذ باطنًا على هذه الرواية، والقاضي لا يملك إنشاء الهبة بولاية القضاء من غير بينة، ولكن طريقه أن الخصمين يملكان إنشاءها، فيملك القاضي إنشاءها بشهادة الزور -والله أعلم-.

الفصل السادس عشر
في القضاء بخلاف ما يعتقده المحكوم أو المحكوم عليه

١٤٢٨٤-وفيه بعض مسائل الفتوى: رجل فقيه قال لامرأته: أنت طالق البتة، وهو يراها واحدة رجعية، فراجعها ورافعته إلى قاضٍ يراها ثلاثًا، فجعلها ثلاثًا، وفرق بينهما، أو كان الزوج يراها واحدة بائنة، فتزوجها ورافعته إلى قاضٍ يراها ثلاثًا، وفرّق بينهما نفذ هذا القضاء ظاهرًا وباطنًا حتى لا يحل له المقام معها، ولا يسعها أن تمكنه من نفسها، وإن كان الزوج يراها ثلاثًا، فرافعته إلى القاضي الذي يراها واحدة بائنة، أو واحدة رجعية، فجعلها واحدة بائنة، أو واحدة رجعية، نفذ هذا القضاء باطنًا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى يسعه أن يراجعهما، وأن يتزوجها، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله: لا ينفذ هذا القضاء باطنًا، ذكر الخلاف على هذا الوجه في آخر استحسان الأصل.

فالحاصل: أن المبتلي بالحادثة إن كان عاميًا لا رأي له، فعليه أن يتبع حكم القاضي، فيما يقضي في تلك الحادثة، سواء حصل الحكم له، بأن حصل الحكم بالحل، أو حصل الحكم عليه، بأن حصل الحكم بالحرمة، وإن كان المبتلي بالحادثة فقيهًا له رأي، وحكم القاضي بخلاف رأيه إن حصل الحكم عليه، بأن كان هو يعتقد الحل، وقضى القاضي بالحرمة، فعليه أن يتبع حكم القاضي، ويترك رأي نفسه بلا خلاف، وإن حصل الحكم له، بأن كان هو يعتقد الحرمة، وقضى القاضي بالحل ذكر في بعض المواضع أنه يتبع حكم القاضي، ويترك رأي نفسه من غير ذكر خلاف.

وذكر في بعض المواضع: أن على قول أبي يوسف رحمه الله لا يترك رأي نفسه، ولا يلتفت إلى إباحة القاضي فيما يعتقد حرامًا، فوجه قولهما أنا أجمعنا على أن المبتلي بالحادثة إذا كان عاميًا، وقضى القاضي له ينفذ قضاءه، فكذا إذا كان عالـمًا؛ لأن قضاء القاضي يلزم في حق الناس كافة.

توضيحه : أن القاضي يقضي بأمر الشرع ، وما يصدر[1] مضافًا إلى الشرع ، فهو بمنزلة النص ، فلا يترك ذلك بالرأى ، كما لا يترك النص بالاجتهاد ، وأبو يوسف رحمه الله يقول : الإلزام فى جانب المقضى عليه ، فأما فى حق المقضى له لا إلزام ، ولهذا لا يقضى بدون طلبه ، وفى زعم أن القاضى مخطئ فى هذا القضاء ، فلا يتبعه فى ذلك .

١٤٢٨٥-وفى "نوادر هشام" : عن محمد رحمه الله : رجل تزوج امرأة ، ثم جنّ جنونًا مطبقًا ، وله والد فادعت المرأة أنه كان حلف قبل أن يتزوج بطلاق كل امرأة يتزوجها ثلاثًا ، قال : ينصب القاضى والده خصمًا ، فإن نصبه ، ورأى أن هذا القول ليس بشىء ، فأبطله وأمضى النكاح ، ثم يرى الزوج ، وهو يرى وقوع الطلاق بهذا القول ، هل يسعه المقام معها؟ قال : نعم ، ولكن على قياس قول أبى يوسف : لا يسعه المقام معها ؛ لأن الحكم وقع له .

١٤٢٨٦-ولو أن فقيهًا قال لامرأته : أنت طالق البتة ، وهو يراها ثلاثًا ، فأمضى رأيه فيما بينه وبينها ، وعزم على أنها حرمت عليه ، ثم رأى بعد ذلك أنها تطليقه رجعية ، أمضى رأيه الذى كان عزم عليه ، ولا يردها إلا أن يكون زوجه برأى حدث من بعد ؛ لأنه لما أمضى رأيه فى ذلك ، صار بمنزلة انضمام الحكم إليه ، فلا ينقضه بما حدث ، بخلاف ما إذا قضى القاضى بخلاف رأيه الذى عزم عليه ؛ لأن قضاء القاضى أقوى من رأيه وإمضاءه ، فجاز النقض به ، وكذلك لو كان فى الابتداء يرى أنها تطليقة رجعية ، فعزم على أنها امرأته ، ثم رأى بعد ذلك أنها ثلاث تطليقات لم تحرم عليه ، لما ذكرنا أن الرأى إذا اتصل به الإمضاء لم يفسخ باجتهاد آخر .

ولو كان فى الابتداء لم يعزم على ذلك ، ولم يمض رأيه حتى رآها ثلاثًا ، لم يسعه المقام معها ؛ لأن مجرد الاجتهاد يجوز أن ينقض باجتهاد مثله ، ويصير كالناسخ له فى حق وجوب العمل إلا إذا كان الإمضاء متصلا بالأول .

وكذلك لو كان فى الابتداء يرى أنها ثلاث تطليقات إلا أنه لم يعزم عليه ، ولم يمض رأيه حتى يراها واحدة رجعية بعد ذلك ، فأمضى رأيه فيها ، وجعلها واحدة رجعية ، وسعه ذلك ، ولا يحرّمها رأى آخر بعد ذلك .

---

(١) هكذا فى الأصل وم وكان فى ظ : يصير .

وفى أول "المنتقى" : لو أن فقيهًا قال لامرأته : أنتِ طالق البتة، وهو يرى أنها واحدة يملك الرجعة، وعزم على أنها امرأته، وراجعها، ثم قال لامرأة أخرى له : أنت طالق البتة وهو يرى يوم قال : ذلك أنها ثلاث حرمت عليه المرأة الأخرى بهذا القول، فيكون للرجل امرأتان قد قال لهما : قولا واحدًا تحل إحداهما له، وتحرم الأخرى عليه، كما يكون فى القضاء بين المختلفين، وإذا كان المبتلى بالحادثة فقيهًا له رأى، فاستفتى فقيهًا آخر، فأفتاه بخلاف رأيه يعمل برأى نفسه.

وإن كان المبتلى جاهلا، فإنه يأخذ بفتوى أفضل الرجال عند العامة فقهًا[1]، ويكون ذلك بمنزلة الاجتهاد له؛ فإن أفتاه مفتى فى تلك الحادثة وهو جاهل، وقضى القاضى فى تلك الحادثة، بخلاف الفتوى والحادثة، مجتهد فيها إن كان القضاء عليه يتبع رأى القاضى، ولايلتفت إلى فتوى المفتى، وإن كان المفتى أعلم من القاضى فى تلك الحادثة عند العامة، وإن كان القضاء له، فهو على الاختلاف الذى مرّ ذكره؛ لأن قول المفتى فى حق الجاهل بمنزلة رأيه واجتهاده، فصارت هذه المسألة عين تلك المسألة.

١٤٢٨٧-وفى "نوادر داود بن رشيد" : سئل عن محمد رحمه الله فى رجل ليس بفقيه ابتلى بنازلة فى امرأته، فسأل عنها فقيهًا، فأفتاه بأمر من تحليل أو تحريم، فحرم عليه، وأمضاه، ثم أفتاه ذلك الفقيه بعينه، أو غيره من الفقهاء فى امرأة أخرى له فى عين تلك النازلة بخلاف ذلك، فأخذ به، وعزم عليه وسعه الأمران جميعًا.

ولو كان هذا الرجل سأل بعض الفقهاء عن نازلة، وأفتاه بحلال أو حرام، فلم يعزم على ذلك فى زوجته، حتى سأل فقيهًا آخر، فأفتاه بخلاف ما أفتى به الأول، فأمضاه على زوجته، وترك فتوى الأول، وسعه ذلك.

ولو كان أمضى قول الأول فى زوجته، وعزم عليه فيما بينه وبين امرأته، ثم أفتاه فقيه آخر بخلاف ذلك لا يسعه أن يدع ما عزم عليه، ويأخذ بفتوى الآخر.

قال محمد رحمه الله : وهذا كله على قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله، وقولنا وفى القدورى : إذا لم يكن الرجل المبتلى بالحادثة فقيهًا، واستفتى إنسانًا، فأفتاه بحلال، أو حرام، فإن لم يعزم على ذلك حتى أفتاه غيره بخلافه، فأخذ بقول الثانى،

---

(١) وفى م : فقيها.

وأمضاه فى منكوحته، لم يجز له أن يترك ما أمضاه فيه، ويرجع إلى ما أفتى به الأول؛ لأنه متعبد بالتقليد، كما يتعبد المجتهد بالاجتهاد، فكما[1] يجب على المجتهد أن يعمل بما أمضاه، ولم يجر نقض ذلك بتبدل الرأى، فكذا المقلد إذا عزم على العمل بفتوى واحد من المفتيين، لم يسعه أن ينقض ذلك بفتوى آخر.

١٤٢٨٨-وفى "النوادر": إذا حلف الرجل بطلاق كل امرأة يتزوجها، فتزوج امرأة، فاستفتى فقيهًا عدلا من أهل الفتوى، فأفتاه ببطلان اليمين، وسعه اتباع فتواه، وإمساك المرأة.

وفيه أيضًا: إذا استفتى فقيهًا فأفتاه ببطلان اليمين، فتزوج امرأة أخرى، ثم استفتى فقيهًا آخر، فأفتاه بصحة اليمين، يفارق الأخرى، ويمسك الأولى عملا بفتواهما -والله أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب-.

---

(١) وفى الأصل: "فكان" مكان: فكما.

الفصل السابع عشر
فى أقوال القاضى، وما ينبغى للقاضى أن يفعل وما لا يفعل

١٤٢٨٩-ذكر ابن سماعة عن محمد رحمه الله أنه قال: لا يجوز للقاضى أن يقول: أقر فلان عندى بكذا الشىء، يقضى[١] به عليه من قتل، أو مال، أو طلاق، حتى يشهد معه على ذلك رجل عدل ليس لأحد بعد رسول الله ﷺ أن يقول: أقر بقتل فيقتل، أقر بسرقة، فيقطع لو أجزت هذا لزعمت أن طاعته مفترضة بمنزلة طاعة رسول الله ﷺ، وليس هذا لآخر[٢] لا قاضٍ ولا غيره، قال: ولا أقيم حدّا على أحد بقول قاضٍ أقر عندى بكذا، حتى يقول معه ذلك الرجل العَدل، فإن كان القاضى عندى عدلا، والشاهد معه على ذلك عدلا، وسّعنى[٣] إن أقيم عليه وإلا لم يصدق قولهما.

ولو كان هذا الحاكم هو الذى ولى قطع يد هذا بإقرار زعم منه عنده، كان فى القياس إذا قطع يده بيده، لكنى أدرأ عنه القصاص لاختلاف الفقهاء فى أن قول القاضى: أقر عندى بكذا نافذ عليه، قال: واجعل الدية فى ماله عليه هذا جملة ما ذكره ابن سماعة عن محمد رحمه الله.

واعلم بأن إخبار القاضى عن إقرار رجل بشىء لا يخلو: إما أن يكون الإخبار عن إقراره بشىء يصح رجوعه عنه، كالحد فى باب الزنا والسرقة وشرب الخمر، وفى هذا الوجه لا يقبل قول القاضى بالإجماع؛ لأنه إنما يحتاج إلى الرجوع إلى قول القاضى عند جحود الخصم، وإذا جحد الخصم، فقد رجع عن الإقرار، فإما أن يكون الإخبار عن إقراره بشىء لا يصح منه الرجوع كالقصاص وحد القذف، وسائر الحقوق التى هى للعباد فى هذا الوجه قبل قوله فى الروايات الظاهرة عن أصحابنا رحمهم الله، وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله: قال: لا يقبل قوله.

---

(١) وفى م: ليقضى به.

(٢) هكذا فى الأصل وم وكان فى ظ: لأحد.

(٣) هكذا فى ظ وكان فى الأصل وم: وينبغى.

قال شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله : ما ذكر فى ظاهر الروايات قول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد رحمهم الله أولا ، وما روى ابن سماعة ، فهو قوله آخراً ، ثم فى بعض النسخ وقع رواية ابن سماعة مطلقة ، وفى بعضها مقيدة ، ففى بعضها : لا يقبل قوله ، وفى بعضها : لا يقبل قوله ما لم ينضم إليه عدل آخر ، وهو الصحيح ، وجه هذه الرواية أن القاضى ليس بمعصوم عن الكذ ، فإخباره بانفراده لايكون حجة ، وكثير من مشايخنا رحمهم الله أخذوا بهذه الرواية فى زماننا لما رأوا من فساد القضاة ، وذكر بعض مشايخنا رحمهم الله رجوعه عن هذه الرواية برواية هشام .

وجه الروايات الظاهرة أن القاضى أمين ، ألا ترى أن تنفذ قضاياه ، ولو كان متّهمًا لما نفذ قضاياه ؛ لأن كونه متهما ينافى كونه قاضيًا ، وألا ترى أنه ينافى كونه شاهدًا ، وألا ترى أنه لا ينفذ قضاياه فى حق الوالدين والمولودين ، وإنما لا ينفذ لمكان التهمة ، وههنا لما نفذ قضاياه علمنا أنه ليس بمتهم ، وقول الأمين مقبول ، كالوكيل والمودع .

وكان الشيخ الإمام الزاهد إمام الهدى أبو منصور الماتريدى رحمه الله يجعل هذه المسألة على وجوه ، إن كان القاضى عالـمًا عدلا يقبل قوله ؛ لأن علمه يؤمنه عن الغلط ، وعدالته تؤمنه عن الجَور ، وإن كان عدلا غير عالم يستفسر إن أحسن ذلك قبل قوله ، وإن كان جاهلا فاسقًا ، أو فاسقًا غير جاهل ، لا يقبل قوله ، إلا أن يعاين السبب ، وأنكر بعض مشايخنا رحمهم الله ذلك ، وقال : مع جهله أو فسقه لايقبل قوله أصلا ؛ لأنه يخاف عليه إما الغلط أو الجور .

هذا إذا أخبر القاضى عن ثبوت الحق بالإقرار ، فأما إذا أخبر عن ثبوت الحق بالبينة ، بأن قال : قامت بذلك بينة عندى ، وعدّلوا : وقبلت شهادتهم على ذلك قبل قوله : وله أن يحكم بها بخلاف الإقرار ؛ لأن رجوع الخصم ثمه يعمل ، وههنا رجوع الخصم لا يعمل هذا الذى ذكرنا إذا أخبر القاضى عن شىء وهو قاضٍ ، فأما إذا أخبر عن شىء بعد العزل ، وصورته : إذا عزل القاضى ، فجاء رجل وخاصمه إلى القاضى المقلد ، وقال : إنه دفع مالى ، وذلك كذا وكذا إلى هذا بغير حق ، أو قال : إنه قتل ولى فلانًا وهو قاضٍ بغير حق ، وقال القاضى المعزول ، فعلت ما فعلت بقضاء قضيته عليه بإقرار أو بينته ، فعلى رواية ابن سماعة : لا يقبل قوله ؛ لأنه على روايته لا يقبل قوله ، وهو قاضٍ

فأولى أن لا يقبل قوله بعد العزل، فأما على الروايات الظاهرة المسألة على وجهين : إما إن كان العين الذى وقع فيه الخصومة قائمًا، أو كان هالكًا، وفى الوجهين جميعًا لا ضمان على القاضى.

١٤٢٩٠ - وكذلك إذا قال القاضى المعزول لرجل : قضيت عليك لفلان بألف، وأخذتها منك ورفعتها إليه حينما كنت قاضيًا، وقال الرجل : لا، بل أخذتها منى بعد العزل ظلمًا، فالقول قول القاضى على الروايات الظاهرة؛ لأن القاضى أضاف إقراره إلى حالة معهودة له تنافى تلك الحالة وجوب الضمان عليه، فإن فعل القاضى على وجه القضاء، لا يوجب الضمان بحال من الأحوال، فيكون بالإضافة إلى تلك الحالة منكرًا للضمان، والقول قول المنكر فى الشرع، وصار كالوكيل بالبيع إذا قال بعد العزل قد كنت بعت وقبضت الثمن، وهلك فى يدى وكان ذلك قبل العزل، وقال الموكل : استهلكت فبيعه لا يوجب الضمان بحال، فيكون بالإضافة إلى تلك الحالة منكر الضمان.

١٤٢٩١ - وكذلك إذا قال الوصى للصبى بعد البلوغ : أنفقت عليك من مالك كذا وكذا، وذلك نفقة مثله، وقال الصبى : لا، بل استهلكت مالى، فالقول قول الوصى؛ لأن فعل الوصى بالمعروف لا يوجب الضمان بحال، فيكون بالإضافة إلى تلك الحال منكرًا للضمان، وهل ينزع ذلك الشىء من يد المقضى له إن كان قائمًا؟ فهو على وجهين : إن كان صاحب اليد يقول : هذا العين ملكى من الأصل، لم أخذه من هذا، ولم يقض القاضى المعزول لى به، لا ينزع من يده؛ لأن المال فى يده، واليد دليل الملك، فيحال الملك عليه إلا إذا وُجد دليل آخر بخلافه.

١٤٢٩٢ - وإن كان صاحب اليد يقول : هذا العين ملكى؛ لأن القاضى المعزول قضى لى به على هذا الرجل حال كونه قاضيًا، يُنزع من يده ويسلم إلى المقضى عليه؛ لأنهم تصادقوا على وصول هذا العين إلى المقضى له من جهة المقضى عليه، فبعد ذلك القاضى والمقضى له بالإضافة إلى القضاء فى تلك الحالة يدعيان التملك عليه، وهو منكر، فالقول قول المنكر.

أما إذا كان العين مستهلكًا فالدعوى فى الحاصل[1] فى الضمان، والقاضى

---

(١) هكذا فى الأصل وم، وكان فى ظ : الحال.

بالإضافة إلى تلك الحالة منكر للضمان، والقول قول المنكر في الشرع، ولهذه المسألة أجناس كثيرة موضعها إقرار "الأصل" و "الزيادات".

١٤٢٩٣-قال في "أدب القاضي": وللقاضي أن يقرض أموال اليتامى، وهذا مذهبنا خلافًا للشافعي، وهذا لأن القاضي يحتاج إلى حفظ أموال اليتيم، وقل ما يمكنه الحفظ بنفسه محتاج إلى الدفع إلى غيره، والدفع بطريق الإقراض أنفع لليتيم من الدفع بطريق الإيداع؛ لأن الوديعة إذا هلكت في يد المودع هلكت من مال اليتيم، والقرض إذا هلك في يد المستقرض يهلك من مال المستقرض، فهو معنى قولنا: إن الإقراض أنفع لليتيم، فإذا ملك القاضي الإيداع أولى أن يملك الإقراض.

قال في الأقضية: وإنما يملك القاضي الإقراض إذا لم يجد ما يشترى به لليتيم ما يكون لليتيم منه غلة، فأما إذا وجد لا يملك الإقراض، بل يتعين عليه الشراء، قال: هكذا رُوى عن محمد رحمه الله: وكذلك إذا وجد من يدفع إليه ماله مضاربة، ولا يقرض لأنها أنفع في حق الصغير؛ لأنه يحصل به الربح للصغير، وبالقرض لا يحصل، وإذا أقرض ينبغي أن يقرض من المليء لا من المفلس؛ لأن المال في ذمة المفلس تأوى.

وينبغي أن يكتب على من أقرضه صكًا خوفًا عن النسيان كيلا يفوت حق الصبيان، وينبغي أن يتفقد عن أحوالهم في كل وقت حتى إذا أفلس واحد منهم يسترد منه المال، إذ كما لا يجوز أن يقرض المفلس لا يجوز أن يترك المال على المفلس.

قال هشام: تذاكرنا عند محمد رحمه الله في الأموال التي تجتمع عند القاضي للأيتام، أي ذلك أفضل للقاضي دفعها بوديعة أو بضمان، فأخبرنا أن أبا حنيفة وابن أبي ليلى وأبا يوسف رحمهم الله كانوا يرون أن يدفعها بضمان، قال: وكذلك قول محمد رحمه الله: إذا كان الذي يضمن يوفي في المحيا والممات، قال: وليس للقاضي أن يستقرض لنفسه ذلك.

١٤٢٩٤-في "المنتقى": لو أن قاضيًا باع مال يتيم بنفسه، أو أودع مال يتيم، أو باع أمينه بأمره، وهو يعلم بذلك من رجل، ثم مات هذا القاضي، واستقضى غيره، فشهد قوم أنهم سمعوا القاضي الأول يقول: استودعت فلانًا مال فلان اليتيم، أو يقول: بعت فلانًا مال فلان اليتيم بكذا وكذا، فجحد فلان ذلك، قال: يقبل القاضي الثاني هذه

الشهادة، ويأخذ المستودَع والمشترى بالمال، وإن لم يكن الأول أشهدهم أنه قضى بذلك قضاءه بذلك، وقوله عليه سواء.

١٤٢٩٥-وإذا قبض القاضى مال يتيم، أو غائب، ووضعه فى بيته، ولا يعلم أين هو؟ فهو ضامن، وإن علم أنه دفعه إلى قوم، ولا يدرى إلى من دفعه، فلا ضمان عليه.

وكذلك إذا قال القاضى: دفعت إلى ولى من أولياء الأيتام، ولا يدرى إلى من دفعه، فلا ضمان عليه.

١٤٢٩٦-فى "المنتقى" أيضًا: ذكر فى "الأصل": وسئل القاضى أن يرد الخصوم إلى الصلح إذا لم يستبن له فضل القضاء، وإذا استبان له فضل القضاء، ذكر شمس الأئمة السرخسى رحمه الله: أنه يقضى، ولا يردهم إلى الصلح، وذكر شيخ الإسلام: أنه إذا طمع فى الصلح حال استبانة القضاء، ردهم إلى الصلح، ولايقضى ما لم ييأس عن الصلح.

وذكر فى "أدب القاضى": وإذا طمع القاضى فى اصطلاح الخصمين، فلا بأس بأن يردهم، ولا ينفذ الحكم عليهم، ولا ينبغى أن يردهم بأكثر من مرتين، فإن لم يطمع فى الصلح أنفذ القضاء بينهم، وإن أنفذ القضاء بينهم من غير أن يردهم، فهو فى سعة منه، يريد به وإن طمع فى الصلح.

١٤٢٩٧-وإذا أراد القاضى كتابة السجلات والمحاضر بنفسه، وأراد أن يأخذ على ذلك أجرًا، فله ذلك؛ لأن هذا ليس من عمل القضاء، فإن تمام القضاء بالحكم وكتابة السجل أمر زائد عليه، ولكن إنما يأخذ بقدر ما يجوز أخذه لغيره، والتقدير فيما يجوز أخذه لغيره يحكى عن السيد الإمام الأجل أبى شجاع رحمه الله عن أبى حنيفة رحمه الله، وعن بعض المتقدمين فى كل ألف درهم خمسة دراهم، وفيما دون الألف إذا كان مشقة كتابة مثل كتابة مشقة الألف، ففيه خمسة أيضًا، وإن كان على النصف من ذلك، ففيه درهمان ونصف، وإن كان ضعف ذلك، ففيه عشرة دراهم.

١٤٢٩٨-وفى "فتاوى النسفى": وإذا كان القاضى يتولى القسمة بنفسه حل له أخذ الأجر.

١٤٢٩٩-وكل نكاح باشره القاضى، وقد وجب مباشرته عليه كنكاح الصغار

والصغائر، فلايحل له أخذ الأجرة عليه، وما لم تجب مباشرته عليه، حلّ له أخذ الأجرة عليه.

١٤٣٠٠-وإذا أذن ببيع مال اليتيم لمصلحة اليتيم، لا ينبغى له أن يأخذ الأجر من مال اليتيم لأجل هذا الإذن، ولو أخذ وأذن بالبيع، لا ينفذ بيعه، وإذا غاب الرجل عن امرأته، وتزوجت بزوج آخر، ثم حضر الزوج الأول، وأقام البينة على النكاح، والمرأة تدعى الطلاق، فالقاضى لا يعزرها، هكذا حكى فتوى شمس الإسلام الأوزجندى رحمه الله؛ لأنه يمكنها أن تقول: طلقنى إلا أنى ما وجدتُ البينة على الطلاق.

١٤٣٠١-غريب مات فى بلدة، وترك أموالا، فقاضى البلدة يتربّص مدة يقع فى قلبه أنه لو كان له وارث يحضر فى هذه المدة، فإذا تربص مثل هذه المدة، ولم يحضر له وارث، يضعها فى بيت المال، ويصرفها إلى القناطر، ونفقة الأيتام، وأشباه ذلك، وإذا حضر الوارث بعد ما صرفها إلى هذه المصارف، يقضى حقه من مال بيت المال.

١٤٣٠٢-قال فى "الأصل": قال أبو حنيفة رحمه الله: ويكره للقاضى تلقين الشهود بأن يقول له: أتشهد بكذا، وقال أبو يوسف رحمه الله: لا بأس به.

وفى "المنتقى": قال أبو يوسف رحمه الله: لا بأس بتلقين الشهود إذا كانوا عدولا، وإنما قال أبو يوسف رحمه الله: ذلك حين ابتلى بالقضاء، ورأى ببعض الشهود عجزًا عن أداء الشهادة، وهذا لأن المجلس القضاء هيبة، وللقاضى حشمة، ومن لم يتعود التكلم فى هذا المجلس يتعذر عليه البيان إذا لم يعنه القاضى على البيان.

١٤٣٠٣-قال فى "الأصل": إذا ارتاب القاضى فى أمر الشهود فرق بينهم لا يسع غير ذلك، ويسألهم أيضًا أين كان هذا؟ ومتى كان هذا؟ ويكون هذا السؤال بطريق الاحتياط، وإن كان لا يجب هذا على الشهود فى "الأصل"، فإذا فرقهم، فإن اختلفوا فى ذلك اختلافًا يفسد الشهادة ردها، وإن كان لا يفسدها لا يردها، وإن كان يتهمهم فالشهادة لا ترد بمجرد التهمة.

وفى "نوادر ابن سماعة": عن أبى يوسف رحمه الله قال أبو حنيفة رحمه الله: إذا اتهم الشهود فرقت بينهم، ولا التفات إلى اختلافهم فى لبس الثياب، وعدد من كان معهم من الرجال والنساء، ولا إلى اختلاف المواضع بعد أن تكون الشهادة على

الأقوال، وإن كان الشهادة على الأفعال، فالاختلاف في المواضع اختلاف في الشهادة.

وقال أبو يوسف رحمه الله: إذا لم اتهمتهم[1] ورأيت الريبة، وظننت أنهم شهود الزور أفرق بينهم، وأسألهم عن المواضع والثياب، ومن كان معهم، فإذا اختلفوا في ذلك، فهذا عندي اختلاف أبطل به الشهادة.

وعن إبراهيم عن محمد رحمه الله: في شاهدين شهدا لرجل بدار، فالقاضي سألهما كيف هي لعله[2] لا يقطع بشهادتهما سببًا، فإن قال الشاهد: لا أخبرك، ولا أزيد على هذا هي له أمضيت الشهادة.

١٤٣٠٤-وعن أبي يوسف رحمه الله: رجل ادعى عبدًا في يد إنسان، فالقاضي لايسأل صاحب اليد من أين هذا لك، وقال أبو حنيفة رحمه الله: ليس للقاضي أن يقول للشهود بشيء لرجل لا يعلمونه باع أو وهب، وفي "نوادر ابن سماعة": عن محمد رحمه الله: إذا شهد عند القاضي شاهدان بدار لرجل، فله أن يسألهما عن البناء -والله أعلم بالصواب-.

---

(١) هكذا في الأصل و "م"، وكان في "ظ": اتهمتهم بصيغة الإثبات.

(٢) وفي الأصل: الغلة، وفي "م": العلة.

الفصل الثامن عشر
فى قبض المحاضر من ديوان القاضى المعزول

١٤٣٠٥-إذا عزل القاضى، وقلد غيره ينبغى للقاضى المقلد أن يبعث أمينين من أمنائه ليقبضا من القاضى المعزول ديوانه، وديوان القاضى خريطته التى فيها الصكوك والمحاضر ونصب الأوصياء والقوام فى الأوقاف وتقدير النفقات، وما يشاكله؛ لأن القاضى يكتب لهذه الأشياء نسختين يضع إحداهما فى يد الخصم والقيم والأخرى بجلدها فى ديوانه حتى إذا احتاج إلى الرجوع إليها أمكنه العمل بها عن إيقان، فما فى يد الخصم لا يؤمن عليه التغيّر والتبديل، والقاضى المقلد يحتاج إلى قبض ذلك؛ لأنه يحتاج إلى الرجوع إلى ذلك فى الحوادث التى ترفع إليه، فبعث أمينين من أمنائه ليقبضا ذلك.

وإن أبى القاضى المعزول الدفع، فإن كان البياض الذى كتب عليه نسخة هذه الأشياء من مال بيت المال، يجبر على الدفع؛ لأنه إنما اتخذ ذلك للعمل به، وقد صار العمل لغيره، فلا يترك فى يده، وإن كان ذلك من مال القاضى، أو من مال الخصوم، فقد اختلف المشايخ رحمهم الله فيه، والأصح أنه يجبر على الدفع؛ لأنه ما اتخذه للتمول، بل للعمل به إحياء لحق المسلم، وقد صار العمل إلى غيره.

وإذا قبضا ديوانه يقبضان الودايع وأموال اليتامى أيضًا، ويكون عند المقلد، ويأخذان أسماء المحبوسين أيضًا، فالقاضى إذا حبس رجلا بحق، ينبغى أن يكتب اسمه واسم أبيه وجدّه، والسبب الذى لأجله حبسه، وتاريخ الحبس؛ لأنه يحتاج إليه لسماع البينة على الإفلاس، فيأخذان ذلك أيضًا، ويجعل القاضى المقلد ذلك فى ديوانه.

وينبغى أن يذكر فى تذكرته تاريخ الحبس من الوقت الذى أثبته المعزول، لا من وقت عمله؛ لأنه بناء على ذلك الحبس، ويسألان القاضى المعزول عن المحبوسين، وأسباب الحبس، لا لأن قول القاضى المعزول حجة، وكيف يكون حجة، وأنه بالعزل التحق بواحد من الرعايا، ولكن ليكشف ويسأل المحبوسين عن أسباب الحبس، ويجمع

بينهم، وبين خصومهم، وإن كان في المحبوسين جماعة لم يحضر لهم خصم، وقالوا: حبسنا بغير حق، فالقاضي المقلد لا يطلقهم تحسينًا للظن بالقاضي المعزول فيما باشر من حبسهم، ويأمر مناديًا بالنداء إنا وجدنا فلانًا وفلانًا محبوسين، فمن كان له عليهم حقّا فليأتِنا، فإن حضر رجل فصل الخصومة بينهما على وجه، وإلا أطلقهم بكفيل، وتقدير مدة النداء، أو المدة التي يسع فيها الإطلاق موكول إلى رأى القاضي.

قيل: ما ذكر هنا من أخذ الكفيل قولهما، أما على قول أبي حنيفة رحمه الله: لا يأخذ بناء على مسألتين: إحداهما: إذا قسّم القاضي التركة بين الورثة، لايحتاط بأخذ الكفيل عند أبي حنيفة رحمه الله خلافًا لهما، الثانية: إذا قضى القاضي دين الغرماء من التركة، لا يحتاط بأخذ الكفيل عند أبي حنيفة رحمه الله، خلافًا لهما.

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: يأخذ الكفيل ههنا على قول الكلّ، والفرق لأبي حنيفة رحمه الله أن في مسألة القسمة، وقضاء الدين حق هذا الذي حضر ظاهر، وحق الآخر موهوم، ولا يجوز تأخير هذا الحق الظاهر إلى وقت أخذ الكفيل لحق موهوم، أما في هذه المسألة الحق ظاهر؛ لأنا نحمل فعل القاضي المعزول على السداد، فلا يكون في أخذ الكفيل تأخير حق ظاهر لحق موهوم.

١٤٣٠٦-ثم اعلم بأن الحبس أنواع: أحدها: الحبس بالدين، وأنه يشتمل على فصول: الأول: إذا قال المحبوس حبست بدين قد أقررت به عند القاضي المعزول، فالقاضي المقلد يجمع بين المحبوس وبين خصمه، فإن صدّقه خصمه في ذلك أعاده إلى الحبس إذا طلب خصمه ذلك، وأما إذا أنكر المحبوس الدين، وقال: إن هذا يدعي على شيئًا بغير حق، وقد حبسني ظلمًا، وخصمه يقول: لي عليه كذا، وقد حبسه بحق، فالقاضي يأمر خصمه بإقامة البينة على ما ادعى، فإذا أقام، وعرفهم القاضي بالعدالة أدام حبسه، وإن لم يعرفهم بالعدالة، واحتاج إلى السؤال أخذ كفيلا بنفسه، ويطلقه، ولا يحبسه أما لا يحبسه؛ لأنه لم يظهر سبب حبسه، وأما لا يطلقه بدون الكفيل نظرًا للمدعي، لأنه لو حضر البينة لم يجد المدعى عليه.

١٤٣٠٧-وإن قال بعض المحبوسين: أنا محبوس بدين فلان، فمُره يأخذ مني كفيلا، ويطلقني، فالقاضي يأمره بإحضار خصمه، فإذا حضر وصدق المحبوس في

إقراره، فالمسألة بعد هذا على وجوه إما إن كان القاضى يعرف المقر له باسمه وشبه، أو لم يعرفه، ولكن شهد الشهود بذلك، أو لم يعرفه، ولم يشهد الشهود بذلك، وفى الوجوه كلها القاضى يأمر المحبوس بأداء المال إليه؛ لأن إقراره حجة عليه، ولا يطلقه لتهمة المواضعة، ويأمر مناديًا بالنداء على ما بينا، فإن لم يحضر له خصم آخر أطلقه فى الوجوه كلها.

ولم يذكر الخصاف رحمه الله أخذ الكفيل فى الوجه الأول والثانى، وذكره فى الوجه الثالث، وبعض مشايخنا رحمهم الله ذكروا أخذ الكفيل فى الوجوه كلها؛ لأن أخذ الكفيل للتوثق، وفى هذا المعنى الوجوه الثلاثة سواء.

وكذلك إذا لم يجئ المحبوس بالمال، ولكن قال المقر له: أنا أختار الرفق والمهلة مدة كذا، وأطلقه فالقاضى لا يطلقه، ويحتاط بالطريق الذى قلنا: لم يطلقه[1] بكفيل.

١٤٣٠٨-وإن قال المحبوس: لا كفيل لى، أو قال: لا يجب على إعطاء الكفيل، إذ ليس لى خصم يطلب منى الكفيل، فالقاضى يتأتى فى ذلك، ولم يعجّل بإطلاقه حتى ينادى، فإن لم يحضر له خصم بعد ذلك أطلقه.

الوجه الثانى: الحبس بسبب العقوبات الخالصة حقًا للعبد كالقصاص، فإذا قال بعض المحبوسين: إنما حبست؛ لأنى أقررت بالقصاص لفلان، وجمع القاضى بينه وبين خصمه، وصدّقه خصمه فيما أقر، ولا يخلو ذلك من أحد وجهين: إما أن يكون القصاص فى النفس أو فى الطرف، فإن كان فى النفس يخرجه القاضى من السجن، ويمكن خصمه من الاستيفاء، ولا يتأتى بخلاف ما لو أقر بمال، لأن هناك يتأتى تهمة المواضعة بأن يتواضعا حتى يقرّ لهذا الرجال بالمال، ويدفع إليه المال حتى يتخلص عن السجن.

ثم إذا أخرج من السجن أخذ منه ما دفع إليه، ويكون الخصم غيره، أما ههنا لا يتأتى تهمة المواضعة؛ لأن الإنسان لا يجود بنفسه ليتخلص عن السجن، فلهذا افترقا.

وإن كان القصاص فى الطرف، ويخرجه القاضى من السجن أيضًا، ويمكن خصم

(١) وفى الأصل: يطلبه.

من الاستيفاء، ولكن لا يعجل في إطلاقه لجواز أن يكون لرجل آخر عليه حق في نفسه، فيتواضع مع[1] هذا الرجل ليقرّ له طرفه ليتخلص عن السجن، فيبطل حق الآخر في النفس.

الثالث: الحبس بسبب العقوبات الخالصة حقّا لله تعالى، نحو الزنا، وشرب الخمر والسرقة، إذا قال بعض المحبوسين: إنما حبست لأني أقررت بالزنا عند القاضي المعزول أربع مرات في أربع مجالس، فحبسني ليقيم على الحد، فالقاضي المقلد لا يقيم عليه الحد بتلك الأقارير؛ لأن تلك الأقارير لا تكون حجة في حق القاضي المولى، فيستأنف الأمر، فإن أقر عنده أربع مرات في أربعة مجالس، أقام عليه الحد، تقادم العهد، أو لم يتقادم العهد؛ لأن تقادم العهد يمنع صحة الشهادة، أما لا يمنع صحة الإقرار، فيرجمه إن كان محصنًا، ويجلده إن كان غير محصن، ولكن لا يعجّل في إطلاقه، لجواز أنه يجيء خصم في نفسه، وإن رجع عن الإقرار صح رجوعه، كما لو رجع عند القاضي الأول، ولكن لا يعجل القاضي في إطلاقه لتوهم[2] الحيلة.

وإن قال: إنما حبست؛ لأنه قامت البينة عليّ بالزنا، فحبسني القاضي المعزول ليقيم على الحد، فنقول: البينة القائمة عند القاضي المعزول غير معتبرة في حق هذا القاضي، فلا يقيم عليه الحد بتلك البينة.

١٤٣٠٩-ولو شهد الشهود عند هذا القاضي بزناه، لا يقيم عليه الحد أيضًا إذا كان العهد قد تقادم؛ لأن تقادم العهد يمنع صحة الشهادة، ولا يعجل في إطلاقه لتوهم الحيلة، بل يتأنى، ويُطلقه بعد ذلك بكفيل لما ذكرنا.

١٤٣١٠-فإن قال بعض المحبوسين: إنما حُبست لأني أقررت بشرب الخمر عنده؛ أو لأنه قامت البينة على بشرب الخمر، فحبسني ليقيم على الحدّ، فهذا القاضي لا يقيم عليه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله؛ لأن حد الشرب إنما يقام على الشارب إذا كان الخمر في بطنه، والرائحة توجد منه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، البينة والإقرار في ذلك على السواء، والمسألة معروفة في الحدود.

---

(١) وفي الأصل وم: في مكان: مع.

(٢) وفي الأصل: ليتوهم.

وإن قال : إنما حبست لأني أقررت بالسرقة من فلان، أو لأنه قامت البينة عليه بالسرقة من فلان، فإن هذا القاضي يجمع بينه وبين خصمه ؛ لأن الدعوى في السرقة شرط كما في باب المال، ولا يقضى عليه بالقطع لا بذلك الإقرار، ولا بتلك البينة، ولكن لو أقر عند هذا القاضي يقضى عليه بالقطع تقادم العهد، أو لم يتقادم، ولا يعجل في إطلاقه.

ولو قامت عليه البينة ثانيًا لا يقضى عليه بالقطع إذا تقادم العهد، فحد السرقة وحد الزنا في حق هذا الحكم على السواء.

الرابع : الحبس بسبب عقوبة هي بين حق الله تعالى وبين حق العبد، وهو حد القذف، إذا قال بعض المحبوسين : إنما حبست لأني قذفت هذا الرجل بالزنا، وصدّقه ذلك الرجل في إقراره استوفى منه حد القذف[1]، ولا يعجل القاضي في إطلاقه، ولو رجع عما أقر لا يصح رجوعه، بخلاف الرجوع عن الحدود الخالصة لله تعالى.

١٤٣١١-جئنا إلى حكم الودائع والأموال : إذا قال القاضي المعزول : على يدى فلان كذا وكذا، دفعته من المال إلي، وهو لفلان ابن فلان، فإن صدقه الذي في يديه المال في جميع ذلك أمر بالتسليم إلى المقر له، وهذا ظاهر، وإن قال : دفع إلى فلان القاضي المعزول هذا القدر من المال، لكن لا أدري أنه لمن؟ وفي هذا الوجه أمرنا بالتسليم إلى المقر له أيضًا ؛ لأنه أقر أن المال وصل إليه من جهة القاضي المعزول، فكان يده يد القاضي المعزول معنى، وقد أقر القاضي المعزول أنه لفلان، وصاحب اليد إذا أقر بما في يده لغيره، أمر بالتسليم إليه، وإن كان صاحب اليد كذب القاضي المعزول في جميع ما قال، فالقول قوله، وهذا ظاهر أيضًا.

١٤٣١٢-وإن كان صاحب اليد قال : دفع إلى القاضي المعزول هذا القدر من المال، وهو لفلان آخر غير الذي أقر له القاضي، فهذا على وجهين : أحدهما : هذا وفي هذا الوجه يؤمر بالتسليم إلى الذي أقر له القاضي ؛ لأنه لما أقر بالوصول إليه من جهة القاضي، فقد أقر باليد للقاضي من حيث المعنى، فلو كان في يد القاضي حقيقة، وهو يقول : إنه لفلان يؤمر بالتسليم، كذا ههنا.

---

(١) وفي الأصل : هذا القذف.

الوجه الثاني : إذا بدأ بالإقرار بالملك ، بأن قال : المال الذي في يدي لفلان غير الذي أقر له القاضي المعزول ، دفعه إلى القاضي المعزول أمر بالتسليم إلى الذي أقر له صاحب اليد ؛ لأن إقراره بالملك الأول قد صح ؛ لأنه أقر بما في يده ، وتعلق به حق المقر له ، فإذا قال بعد ذلك : دفع[1] إلى ذلك القاضي المعزول ، فقد أقر باليد للقاضي المعزول ، والقاضي المعزول يقرّ لفلان ، فقد أقر لمن أقر له القاضي به بعد ما أقر به الأول ، فلا يصح إقراره للثاني في حق الأول ، فإن دفع إلى الأول بغير قضاء ، ضمن للثاني ، وإن دفع بقضاء ، فكذلك عند محمد رحمه الله ، وعند أبي يوسف رحمه الله : لا يضمن .

١٤٣١٣-أصل المسألة : إذا أقر الرجل أن هذا المال الذي في يدي لفلان دفعه إلى فلانٍ آخر ، وقال الدافع : هو مِلكي ، فإن هناك يؤمر المقر بالتسليم إلى المقر له الأول ، وهل يضمن للثاني؟ فهو على التفصيل والاختلاف الذي ذكرنا ، والمسألة معروفة في كتاب الإقرار .

١٤٣١٤-وإن قال القاضي المعزول : في يدي فلان ألف درهم أصابه فلان اليتيم من تركة أبيه ، وصدّقه ذو اليد في ذلك ، فإن لم يدّع أحد من باقي الورثة ذلك المال ، فهو لليتيم ؛ لأن صاحب اليد أقر للقاضي المعزول ، والقاضي المعزول يقرّ به لليتيم ، ولم ينازعه في ذلك أحد ، فيكون ذلك لليتيم ؛ وإن قال باقي الورثة : لم يستوفِ منا أحد حقه من تركة الميت ، كان ذلك المال مشتركًا بين جميع الورثة واليتيم من جملتهم ؛ لأن اليد للقاضي المعزول معنى ، وهو قد أقر أن المال كان لوالد اليتيم ، وما كان للإنسان يصير ميراثًا لجميع ورثته ، ولا يختص به البعض إلا إذا ثبت استيفاء الباقين حقوقهم ، ولم يثبت ذلك بقول القاضي المعزول لما أنكروا الاستيفاء ؛ لأن القاضي المعزول بالعزل التحق بواحد من الرعايا ، فقد صحح إقرار القاضي المعزول أن هذا ملك والدهم باعتبار اليد للمقر له ، ولم يصح إقراره على سائر الورثة بالاستيفاء باعتبار يده المعنوية ، وإذا لم يثبت هذا الاستيفاء كان هذا المال تركة الميت[2] ، فيقسم بين سائر الورثة ، واليتيم من جملتهم إلا أنه ينبغي للقاضي المقلد أن ينظر لليتيم ، ويحلف باقي الورثة بالله ما استوفيتم

---

(١) وفي ظ : رفع .

(٢) وكان في الأصل : تركة للميت .

حقوقكم من تركة والدكم فلان ؛ لأنه عاجز عن النظر بنفسه ، فينظر له القاضى المقلد .

وإن قال القاضى المعزول : هذا المال لفلان اليتيم ، ولم يقل : أصابه من تركة والده ، وادعى باقى الورثة أنه من تركة والدهم ، فالمال لليتيم ؛ لأن القاضى المعزول ههنا ما أقر بالملك لوالد اليتيم ليصير مقرّا بكونه ميراثًا لورثته ، بل أقر لليتيم بالملك مطلقًا ، وليس من ضرورة كونه مملوكًا لليتيم أن يكون من تركة والده ، فبعد ذلك باقى الورثة يدّعون لنفسهم حقّا فى هذا المال ، فلا يصدقون إلا بحجة .

وإن كان مالا بصك على رجل قد كان القاضى بين فى الصك سببه ، وأشهد فى الصك أنه لفلان اليتيم أصابه من تركة والد فلان ، فإن سائر الورثة استوفوا حقوقهم ، فنقول : مجرد الصك ليس بحجة ، وكذلك قول القاضى المعزول على استيفاء باقى الورثة حقوقهم ليس بحجة ، وإنما الحجة شهادة شهود يشهدون على إشهاد القاضى عليهم بالاستيفاء أو على إقرارهم بالاستيفاء ، فإن شهد الشهود بذلك ، كان هذا المال لليتيم ، وإلا فهو كسائر الورثة[1] .

١٤٣١٥-وإذا قال القاضى المعزول : ثبت عندى بشهادة الشهود أن فلانًا وقف ضيعة كذا على كذا ، وحكمت بذلك ، ووضعتها على يدى فلان ، وأمرته بصرف غلاتها إلى السبيل المشروط فى الوقف ، وصدّقه بذلك صاحب اليد ، فإن كان أقر ورثة الواقف بذلك أنفذ القاضى المقلد هذا الوقف ؛ لأن اليد على الضياع للقاضى المعزول ، وهو قد أقر بوقفيته من جهة من زعمه مالكًا ، وصدّقه خلفاءه فى ذلك ، فيعتبر تصديقهم بتصديق الميت لو كان حيّا ، وإن كان قد جحدوا ذلك ، ولم يقسم عليهم بينّة كان ميراثًا بينهم ؛ لأن بإقرار القاضى ثبت كون الضيعة ملكًا للميت ، ولم يثبت الوقفية ، فتبقى على ملكه ميراثًا بين ورثته ، ولكن يستحلف الورثة على علمهم ، فإن حلفوا فالأمر ماضٍ ، وإن نكلوا قضى عليهم بالوقفيه بإقرارهم .

وإن قامت البينة عليهم بذلك ، قضى القاضى عليهم بالوقفية ، كما لو قامت البينة على الواقف حال حياته ، فإن قال القاضى المعزول : إنه وقف على الأرباب ، أو قال : على المسجد ،أو بيّن وجها آخر من وجوه البر ، ولم يقل : وقفها فلان ، فالقاضى المقلد

---

(١) وفى الأصل : لسائر الورثة .

ينفذه، ولا يسأله عن التفسير؛ لأن التفسير يضرّ بالوقف عسى، فإنه ربما ينكر ورثة الواقف الوقف، ولا يوجد على ذلك بينة فيردونه ميراثًا، وهذا هو السبيل فى كل موضع يقع الاستسفار ضارًا، فالقاضى المقلد يتركه، ويكتفى بالإجمال، وينبغى للقاضى أن يحاسب الأمناء ما جرى على أيديهم من أموال اليتامى وغلاتهم كل ستة أشهر، أو كل سنة على حسب ما يرى، حتى ينظر أن كل واحد منهم، هل أدّى الأمانة فيما فوّض إليه، أو خان، فإن أدّى الأمانة قرره عليه، وإن خان استبدل غيره.

بلغنا أن عمر رضى الله عنه كان يحاسب الأمناء كل سنة، وكذلك يحاسب القوام على الأوقاف لما ذكرنا، ويقبل قولهم فى مقدار ما حصل فى أيديهم من الغلاة والأموال الوصى، والقيّم فى ذلك على السواء، فإن الأصل فى الشرع أن القول قول القابض فى مقدار المقبوض، وفيما يخبر من الإنفاق على اليتيم، أو على الضيعة، وما صرف منها فى مؤنات الأراضى إن كان وصيًا، يقبل قوله فى المحتمل، وإن كان قيمًا[1] لا يحتمل لا يقبل قوله، هكذا ذكر الخصاف رحمه الله فى "أدب القاضى"، وفرّق بين الوصى وبين القيم، فالوصى من فوض إليه الحفظ والتصرف والقيم من فوض إليه الحفظ دون التصرف، وإذا عرفت الفرق بين الوصى وبين القيم، فإذا ادعى الوصى الإنفاق، فقد ادعى ما دخل تحت ولا يته، فيقبل قوله فى المحتمل، وإذا ادعى القيم ذلك، فقد ادعى ما لم يدخل تحت ولايته، فلا يقبل قوله.

وكثير من مشايخنا رحمهم الله سوّوا بين الوصى وبين القيّم فيما لم يكن للضيعة منه بدّ، وقالوا: يقبل قول القيم فى ذلك، كما يقبل قول الوصى، وقاسوا على قيّم المسجد، أو واحد من أهل المسجد إذا اشترى للمسجد ما لا بد منه، نحو الحصير والحشيش والدهن، أو صرف شيئًا من غلات المسجد إلى أجر الخادم، لايضمن لكونه مأذونًا فيه دلالة، فإنه لو لم يفعل ذلك يتعطّل المسجد، كذا ههنا، ومشايخ زماننا رحمهم الله، قالوا: لا فرق بين الوصى والقيّم فى زماننا، فالقيم فى زماننا من فوّض إليه التصرف والحفظ جميعًا كالوصى.

قال: وإن اتهم القاضى واحدًا منهم يريد به واحدًا من الأوصياء فيما ادعى من

---

(١) هكذا فى ظ، وم، وكان فى الأصل: فيما، مكان: قيمًا.

الإنفاق على اليتيم، أو على الوقف حلفه القاضى على ذلك، وإن كان أمينًا كالمودع إذا ادعى هلاك الوديعة وردها.

قال بعض مشايخنا رحمهم الله: إنما يستحلف إذا ادعى عليه شيئًا معلومًا؛ لأن الاستحلاف يصح على دعوى صحيحة، ودعوى المجهول لا تصح، وقال بعضهم: يحلف على كل حال؛ لأنه إنما يحلف نظرًا لليتيم، واحتياطًا له، وفى مثله يستحلف على كل حال.

وإن أخبروا أنهم أنفقوا على الضيعة واليتيم من أنزال الأراضى والغلات كذا، وبقى فى أيدينا[1] له هذا القدر، فمن كان منهم معروفًا بالأمانة، فالقاضى يقبل منه الإجمال، ولا يجبره على التفسير؛ لأنه لو أجبره على التفسير ربما لا يمكنه الخروج عن العهدة مع صدقه فى الأخبار، والإنسان قد يعجز عن حفظ حسابه، وعن الخروج منها فيتضرر، وليس للقاضى ولاية الإضرار بالغير، ومن كان منهم متهما، فالقاضى يجبرهم على التفسير شيئاً فشيئًا، ولا يقبل منه الإجمال، وليس تفسير الجبر[2] ههنا الحبس، وإنما تفسيره أن يحضره القاضى يومين أو ثلاثة، ويخوّفه ويهدده إن لم يفسر احتياطًا فى حق اليتيم، فإن فعل ذلك، ومع هذا لم يفسر، فالقاضى يكتفى منه باليمين[3] ويتركه.

١٤٣١٦-قال: وإن قال الوصى للقاضى المقلد: إن القاضى المعزول حاسبنى، فالقاضى المقلد لا يكف عنه إلا بالبينة؛ لأنه يدعى بطلان حق المحاسبة على القاضى، فلا يصدق عليه إلا بحجة، وإن قال الوصى أو القيم: أنفقت على اليتيم، أو قال: أنفقت كذا من مالى، وأراد أن يرجع بذلك فى مال اليتيم والوقف، لا يقبل قوله، بخلاف ما إذا ادعى الإنفاق من مال اليتيم، أو من مال الوقف حيث يقبل قوله فى المحتمل؛ لأنه أمين فيما فى يده من مال اليتيم والوقف، ويدعى الخروج عن عهدة الأمانة بدعوى الإنفاق من غير أن يثبت لنفسه استحقاق شيء، وقول الأمين فى مثل هذا مقبول، فأما إذا ادعى الإنفاق من مال نفسه، فما ادعى الخروج عن عهدة الأمانة، بل ادعى الاستحقاق لنفسه

---

(١) وفى الأصل: أيدينا كذا هذا القدر.

(٢) وفى الأصل وم: المجبر.

(٣) هكذا فى م وكان فى الأصل: بالتعيين وفى ظ: بالتعبير.

على الصغير والوقف، ودعوى الاستحقاق لا يقبل من غير حجة.

١٤٣١٧-قال: وإن ادعى القيم أو الوصى أن القاضى المعزول أجرى له مشاهرة فى كل شهر كذا وكذا، أو مسانهة فى كل سنة كذا وكذا، وصدّق القاضى المعزول فى ذلك، أو لم يصدق، فالقاضى المقلد لا ينفذ ذلك؛ لأن مجرد الدعوى ليس بحجة، وكذلك قول القاضى المعزول فى الحال ليس بحجة، فإن قامت له بينة على فعل القاضى فى حال قضاءه قبلت، وأنفذ القاضى المقلد ذلك؛ لأن للقاضى ولاية تقدير كفايته وإجراءها له فى مال اليتيم والوقف، فهذه البينة قامت على إثبات فعل القاضى المعزول فى حال قضاءه، وفيما وهو داخل تحت ولايته.

وقوله فى حال قضاءه فيما دخل تحت ولايته: مقبول، فهذه البينة قامت على ما هو حجة، فقبلت، بعد هذا القاضى المقلد ينظر فى ذلك إن[1] كان ذلك مقدار أجر عمله، أو دونه أنفذ ذلك كله، وإن أكثره مقدار أجر مثل عمله، وأبطل الزيادة؛ لأنه لم يكن للقاضى المعزول أن يزيد على أجر مثل عمله، فلا يكون للمقلد تنفيذ الزيادة، وإن كان القيم قد استوفى الزيادة أمره القاضى بالرد على اليتيم؛ لأنه استوفى ما ليس له ذلك.

١٤٣١٨-قال فى "الأصل": وما وجد القاضى فى ديوان القاضى المعزول من شهادة، أو قضاء، أو إقرار، فهو باطل، لا يعمل به القاضى المقلد إلا أن تقوم بينة أنه قضى به، وأنفذه وهو قاضٍ يومئذٍ؛ لأن القاضى الثانى لا يعلم حقيقة شيء من ذلك، فلا بد من طريق يقع العلم له بحقيقة تلك البينة، ويشترط أن يشهدوا أنه قضى به وأنفذه، وهو يومئذٍ قاضٍ لجواز أنه قضى به بعد العزل وقضاءه بعد العزل باطل -والله أعلم بالصواب-.

---

(١) وفى الأصل: بأن.

الفصل التاسع عشر
فى القضاء فى المجتهدات

١٤٣١٩-قال فى "أدب القاضى": وما اختلف فيه الفقهاء، وقضى فيه قاضٍ بقضية، ثم رفع إلى قاضٍ آخر يرى خلاف ذلك أمضى قضاء القاضى الأول، ولاينقضه، ولو نقضه كان باطلا.

والأصل فيه ما روى أنه لما انتهت الخلافة إلى على رضى الله عنه رفع إليه قضايا عمر، وقضايا عثمان رضى الله عنهما، وطلب عنه نقضها لما أن رأى على رضى الله عنه فى تلك القضايا كان بخلاف ذلك، فلم ينقض على رضى الله عنه شيئًا من ذلك، وحين قدم الكوفة قام خطيبًا، وقال: إنى لم أقدم عليكم لأحل عقدة عقدها عمر، ولأعقد عقدة حلها عمر رضى الله عنه، والمعنى فى ذلك أن قضى القاضى فى موضع الاجتهاد نافذ بالإجماع، فكان القضاء الثانى ينقض الأول مخالفًا للإجماع، ومخالف الإجماع ضلال وباطل.

ولأن القضاء إذا حصل فى موضع الاجتهاد، فقد ترجح الجانب الذى اتصل به القضاء، فلا يعارضه الجانب الآخر؛ ولأنه لو جاز للثانى نقض الأول يجوز للثالث نقض الثانى إذا كان رأيه بخلافه، وكذا للرابع والخامس إلى ما لا يتناهى، وليس فى أحكام الله تعالى ما لا يتناهى.

١٤٣٢٠-واعلم بأن قضاء القضاة التى ترفع إلى قاضٍ آخر لا تخلو إما أن يكون جوراً بخلاف الكتاب، أو السنة، أو الإجماع، أو يكون فى محل الاجتهاد اجتهد فيه الفقهاء، واختلف فيه العلماء، أو يكون بقول مهجور، فإن كان فى محل الاجتهاد، فحكمه ما ذكرنا، وإن كان جوراً، فالقاضى الذى رفع إليه لا ينفذه، وينقضه، ولو نفذه كان لقاضٍ آخر أن يبطله؛ لأن ما يخالف الكتاب، والسنة، والإجماع باطل، ولا يجوز تقرير الباطل والضلال.

وإن كان بقول مهجور، فالقاضى الذى يرفع إليه ينقضه، ولا ينفذه، ولو نفذه كان لقاضٍ آخر بعد ذلك أن يبطله، وسيأتى بعد هذا بيانه -إن شاء الله تعالى-، وبعد هذا يحتاج إلى بيان محل الاجتهاد.

١٤٣٢١-قال ابن سماعة عن محمد رحمهما الله: كل أمر جاء عن النبى ﷺ أنه فعل، وجاء عنه غير ذلك الفعل، أو جاء عن أحد من أصحاب النبى ﷺ، وجاء عن ذلك الرجل، أو غيره من الصحابة خلافه، وعمل الناس بأحد الأمرين دون الآخر، أو عمل بأحد القولين، ولم يعمل الآخر، ولم يحكم به أحد، فهو متروك منسوخ، فإن حكم به حاكم من أهل زماننا لم يجز، أشار إلى أنه وإن قضى بالنص، لكن ثبت بإجماع الأمة انتساخه حيث لم يعمل به أحد من الأمة، والعمل بالمنسوخ باطل غير جائز.

قال: وإنما نجيز من ذلك ما اختلف فيه الناس، وحكم به حاكم من حكّام أهل الأمصار، فأخذ بعضهم بقول واحد، وبعضهم بقول الآخر، يعنى بعض الحكام أشار إلى أنه بمجرّد خلاف بعض العلماء لا يصير المحل محل الاجتهاد ما لم يعتبره العلماء، وسوّغوا له الاجتهاد فيه، ألا ترى أن عبد الله بن عباس رضى الله عنه كان من الفقهاء[1]، ثم لما لم يسوغوا الاجتهاد له فى ربا النقد حتى أنكر عليه أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه لم يعتبر خلافه على ما بينا قبل هذا.

ثم قوله: وإنما نجيز من ذلك ما اختلف فيه الناس، يشير إلى أن العبرة لحقيقة الاختلاف فى صيرورة[2] المحل مجتهداً فيه، وفى بعض المواضع يشير إلى أن العبرة لاشتباه الدليل لا لحقيقة الاختلاف.

وفى "المنتقى": مسائل كثيرة تدل على أن العبرة لاشتباه الدليل، وهكذا ذكر محمد رحمه الله فى "السير الكبير" فى أبواب الأنفال، وسيأتى بيان ذلك بعد هذا - إن شاء الله تعالى- ثم إن الخصاف رحمه الله لم يعتبر الخلاف بيننا وبين الشافعى رحمه الله، وإنما اعتبر الخلاف بين المتقدمين، والمراد من المتقدمين الصحابة ومن معهم ومن بعدهم من السلف.

---

(١) وفى م: من فقهاء الصحابة.

(٢) وفى الأصل وم: ضرورة.

١٤٣٢٢-قال صاحب الأقضية : وإذا زنى رجل بأم امرأته، ولم يدخل بها، فجلده القاضى، ورأى أن لا يحرّمها عليه، فأقرها معه، وقضى بذلك نفذ قضاءه؛ لأنه قضى فى فصل مجتهد فيه، فإن بين الصحابة رضى الله عنه اختلافًا فى هذه الصورة، فعلى وابن مسعود وعمران بن الحصين وأبى بن كعب رضى الله عنهم قالوا: بالحرمة، وابن عباس رضى الله عنه كان لايقول: بالحرمة، وكان يقول الحرام لا يحرّم الحلال، وربما كان يرويه مرفوعًا إلى رسول الله ﷺ، ثم نفاذ هذا القضاء فى حق هذا المقضى عليه متفق عليه، وفى حق المقضى له إن كان جاهلا، فكذلك وإن كان عالمًا فعلى الخلاف؛ لما مرّ.

١٤٣٢٣-وذكر القدورى رحمه الله فى شرحه: فيمن تزوج امرأة زنى بها أبوه أو ابنه، وقضى القاضى بنفاذ هذا النكاح، وفى نفاذ هذا القضاء خلاف بين أبى يوسف ومحمد رحمهما الله، فعلى قول أبى يوسف رحمه الله: لا ينفذ قضاءه؛ لأن الحادثة منصوص عليها فى الكتاب، فإن النكاح فى اللغة: الوطء، ولا ينفذ حكم الحاكم على خلاف النص، وعلى قول محمد رحمه الله: ينفذ؛ لأن هذا النص ظاهر، وللتأويل فيه مساغ، وحديث ابن عباس رضى الله عنهما على ما روينا يؤيده، فكان محل الاجتهاد، فينفذ قضاءه فيه.

١٤٣٢٤-وإذا خيّر الرجل امرأته، فاختارت زوجها، أو اختارت نفسها، فهذه المسألة كانت مختلفة فى الصدر الأول، فعلى قول عمر وابن مسعود رضى الله عنهما إن اختارت زوجها، فهى امرأته، وإن اختارت نفسها، فهى تطليقة بائنة، وعلى قول زيد ابن ثابت رضى الله عنه إن اختارت زوجها، فهى امرأته، وإن اختارت نفسها، فهى ثلاث تطليقات، وعلى قول على رضى الله عنه إن اختارت زوجها، فهى تطليقة رجعية، وإن اختارت نفسها بائنة، وعلى قول أهل المدينة: إن اختارت زوجها فقد بانت منه، وإذا كانت المسألة مختلفة فى الصدر الأول من هذا الوجه، فبأى قول من هذه الأقوال قضى كان قضاءه فى فصل مجتهد فيه فينفذ.

١٤٣٢٥-وإذا قضى القاضى بجواز بيع أمهات الأولاد لا ينفذ قضاءه، واعلم بأن جواز بيع أمهات الأولاد مختلف فيه فى الصدر الأول، فعمر وعلى رضى الله عنهما أولا

كانا لايجوّزان بيعها، وهكذا رُوى عن عائشة رضى الله عنها، وقال على رضى الله عنه آخرًا: يجوز بيعها، ثم أجمع المتأخرون على أنه لا يجوز بيعها، وتركوا قول على آخرًا بجواز بيعها بعد هذا.

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله: ما ذكر فى الكتاب: أنه لاينفذ قضاءه قول محمد رحمه الله، أما على قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله: ينبغى أن ينفذ فكأنه مال إلى قول من قال: إن المتقدمين إذا اختلفوا فى شىء على قولين، ثم أجمع من بعدهم على أحد القولين، فهذا الإجماع هل يرفع الخلاف المتقدم؟ عند محمد: يرفع خلافًا لأبى حنيفة وأبى يوسف، وإذا ارتفع الخلاف المتقدم، على قول محمد رحمه الله: لم يكن قضاء هذا القاضى فى فصل مجتهد[1] فيه، وعند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله إذا لم يرتفع الخلاف المتقدم، كان هذا قضاء فى فصل مجتهد فيه، فينفذ.

هما يقولان: لو ثبت الإجماع باتفاق من بعدهم لا بد من تضليل المخالف؛ لأن مخالفة الإجماع ضلال، وتضليل بعض الصحابة، أو بعض السلف محال.

توضيحه: أن المخالف لو كان حيًّا لا ينعقد الإجماع مع مخالفته، فكذا إذا مات؛ لأن بالموت فات المستدل لا الدليل، والمانع الدليل دون المستدل، والدليل قائم، فيمنع انعقاد الإجماع.

ومحمد رحمه الله يقول: بأن ما هو حد الإجماع قد وُجد هنا، والدليل المقتضى لكون الإجماع حجة لا يوجب الفصل بينما إذا سبقه مخالف، وبينما إذا لم يسبقه مخالف، ألا ترى أنه لو اجتمع علماء عصر على حكم واحد، وانعقد إجماعهم على ذلك، ثم اجتمع أهل عصر بعدهم على خلاف ذلك يصح، وانتسخ الأول بالثانى، كأنه ورد آية مضادة بحكم آية قبلها، ثم قول الكل لما لم يصلح مانعًا انعقاد الإجماع، فقول الواحد أولى أن لا يكون مانعًا، وقولهما: بأنه يؤدى إلى تضليل بعض السلف، فليس كذلك؛ لأن الإجماع إنما انعقد الآن، والتضليل فى مخالفة الإجماع، فإذا انعقد الإجماع لا تتحقق المخالفة، فلا يؤدى إلى الإضلال.

---

(١) وفى م: فى محل مجتهد.

وكان الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي رحمه الله يقول: لاخلاف[1] بين أصحابنا رحمهم الله أن الإجماع المتأخر يرفع الخلاف المتقدم؛ لأن حد الإجماع قد وجد، والدليل الموجب لكون الإجماع حجة لا يوجب الفصل، فكان هذا القضاء في غير محل الاجتهاد، فلا ينفذ عند الكل، فكان ما ذكر في الكتاب أنه لا ينفذ قضاءه قول الكل، وما يقول بأنه يؤدي إلى تضليل بعض السلف، قلنا: لا يؤدي، لأنا نجعل هذا الإجماع بمنزلة البيان أن ما أدى إليه اجتهاد المخالف في الصدر الأول تبدل الآن، وصار بمنزلة ما لو كان حيا، وتحول رأيه إلى خلاف ذلك، وإنما حملنا على هذا حملا لأمر المسلمين على إجماعهم على ما يحل لهم، وعلى تغير الحق والصواب في قولهم، وصيانة لهم عن تضليل من كان قبلهم.

قال القاضي الإمام الكبير أبو زيد رحمه الله في تقويمه في آخر فصول الإجماع: أن محمدًا رحمه الله روى عنه أنه لا ينفذ القضاء بجواز بيع أم الولد، وعن أبي يوسف رحمه الله في "النوازل": أنه لا ينفذ القضاء، وذكر الخصاف رحمه الله في "أدب القاضي": أنه لا ينفذ القضاء من غير ذكر خلاف، وفي الباب الأول من أقضية "الجامع الكبير": أن قضاء القاضي بجواز بيع أم الولد يتوقف على إمضاء قاضٍ آخر، وهو الأصح، والوجه في ذلك أن العلماء اختلفوا على أن بيع أم الولد، هل بقي مختلفًا فيه؟

قال أصحابنا رحمهم الله: لم يبقَ مختلفًا فيه، كما ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: أن الإجماع المتأخر يرفع الخلاف المتقدم، ومن العلماء من قال: لا يرفع، فبقي مختلفًا، فكان في كونه مختلفًا فيه اختلاف، فيتوقف على إمضاء قاضٍ آخر، فإن أمضاه قاضٍ آخر بعده، لا يكون لأحد بعد ذلك إبطاله، وإن أبطل قاضٍ آخر بطل، ولا يكون لأحد بعد ذلك إمضاءه، وكذلك هذا الحكم في كل حادثة اختلف الناس فيها أنها مختلفة، أو ليس بمختلفة أن قضاء القاضي فيها يتوقف على إمضاء قاضٍ آخر إن أمضاه قاضٍ آخر، ينفذ، وليس لأحد بعد ذلك إبطاله، وإن أبطله قاضٍ آخر، بطل، وليس لأحد بعد ذلك إمضاءه.

١٤٣٢٦-وفي "الزيادات": لو أن المسلمين أسروا أسارى من أهل الحرب

---

(١) وفي الأصل: يقول: الاختلاف.

وأحرزوهم بدار الإسلام، ثم ظهر عليهم المشركون، ولم يحرزوهم بدار الحرب حتى ظهر عليهم قوم آخرون من المسلمين، وأخذوهم من أيديهم فى دار الإسلام، فإنهم يردون على الفريق الأول اقتسم الفريق الثانى أو لم يقتسموا؛ لأنه لم يثبت للكفار فيهم ملك، ولا حق ما داموا فى دار الإسلام لبقاءهم فى أيدى الفريق الأول من حيث الحكم والاعتبار، فصار أخذ الفريق الثانى من الكفار فى دار الإسلام كأخذهم من الفريق الأول، فيردون على الفريق الأول.

قال فى الكتاب: إلا أن يكون الذى قسم بين الفريق الثانى إمام يرى ما صنع المشركون تملكًا وإحرازًا، فحينئذٍ كان الفريق الثانى أولى علّل فقال: لأن هذا مما يختلف فيه الفقهاء، ومعناه أن العلماء اختلفوا فى أن مجرد الاستيلاء هل هو سبب للملك؟ فإذا رأى الإمام نفس الاستيلاء من الكفار تمليكًا، وقسم بين الفريق الثانى بناء على ذلك، حصل قسمته فى محل مجتهد فيه، فينفذ كقسمة الغنائم فى دارالحرب.

١٤٣٢٧-وذكر فى "السير الكبير": إذا استولى المشركون على مال المسلمين، وأحرزوه بعسكرهم فى دار الإسلام، ثم استنقذه منهم جيش من المسلمين قبل الإحراز بدار الحرب، فذلك مردود على صاحبه، وكذلك لو لم يعلم الإمام بذلك حتى قسم المتاع بين من أصابه، فالقسمة باطلة، والمال وهو المتاع مردود على صاحبه، وإن علم الإمام للحال، ورأى إحرازهم بالعسكر إحرازًا تامًا[1]، فخمسه وقسمه مع غنائم المشركين بين من أصابه من المسلمين، ثم رفع[2] إلى قاضٍ يرى ذلك غير إحراز، أجاز ما صنع الأول، ولم يبطله؛ لأن هذا مما يختلف فيه الفقهاء، ومعناه ما ذكرنا.

فإن قيل: كيف يستقيم هذا، ومن قال: بأن نفس الاستيلاء يثبت الملك، وهو الشافعى لا يجعل مال المسلمين محلا لتمليك الكفار بالاستيلاء، ومن قال: بأن مال

---

(١) فى م: إحرازًا بإمام.

(٢) وفى الأصل: ثم رفع إلى قاضٍ يرى ذلك غير إحراز، وهو الشافعى لا يجعل مال المسلمين محلا لتمليك الكفار بالاستيلاء جاز ما صنع الأول، ولم يبطل؛ لأن هذا مما يختلف فيه الفقهاء، ومعناه ما ذكرنا، فإن قيل: كيف يستقيم هذا. . . إلخ هذه العبارة غير مربوطة -فافهم-.

المسلمين محل لتمليك الكفار بالاستيلاء، وهم أصحابنا ما جعلوا[1] مجرد الاستيلاء سببًا؟

قلنا: كون مال المسلمين محلا لتملك[2] الكفار بالاستيلاء مختلف فيه، وكون مجرد الاستيلاء سببًا مختلف فيه أيضًا، فالإمام فى هذه المسألة أخذ بقول من قال: بأن مال المسلمين محل لتملك الكفار بالاستيلاء، ويقول: من قال بأن مجرد الاستيلاء سبب للملك، فكان اجتهاده من الطرفين مصادفًا محلا مجتهدًا فيه، ونظير هذا ما قلنا فيمن قضى بشهادة الفساق على الغائب أو شهادة رجل وامرأتين بالنكاح على الغائب ينفذ قضاء، وإن كان من يجوّز القضاء على الغائب يقول: ليس للنسوان شهادة فى باب النكاح، وليس للفساق شهادة أصلا، ولكن قيل: كل واحد من الفصلين مجتهد فيه، فينفذ القضاء من القاضى باجتهاده فيهما، فكذا فى مسألتنا، والمعنى فيه أن المجتهد يتبع الدليل لا القائل به، ثم ما ذكر فى الزيادات وفى "السير الكبير" نص على أن قضاء القاضى بالملك للكافر[3] بمجرد الاستيلاء قبل الإحراز بدار الحرب نافذ، قيل: وقد ذكر فى "سير الجامع الكبير"[4]: أنه لاينفذ؛ لأنه لم يثبت فيه اختلاف المتقدمين.

١٤٣٢٨-قال: ولو قضى قاضٍ بشاهد ويمين لا ينفذ قضاءه، قال: لأنه خلاف التنزيل، وعن الزهرى رحمه الله: أنه بدعة، وأول من قضى به معاوية، وإنما قال بأنه خلاف التنزيل؛ لأن ظاهر قوله تعالى: ﴿وَاستَشهِدُوا شَهِيدَينِ مِن رِجَالِكُم﴾[5] الآية، يقتضى أن يكون حجة الاستحقاق من جانب المدعى شهادة رجلين، أو شهادة رجل وامرأتين، فمن جعل الحجة شهادة شاهد واحد ويمين المدعى، فقد خالف النص، وإنما قال الزهرى: إنه بدعة؛ لأنه لم يعمل به أحد من الصحابة رضى الله عنهم، وإنما أحدثه معاوية، فكان بدعة منه.

---

(١) هكذا فى الأصل وم، وكان فى ظ: يعملوا.

(٢) هكذا فى الأصل وم، وكان فى ظ: لتمليك.

(٣) هكذا فى ظ وم وكان فى الأصل: للكفار.

(٤) وفى الأصل: وفى "سير الكبير".

(٥) سورة البقرة: الآية ٢٨٢.

وذكر فى كتاب الاستحلاف أن على قول أبى حنيفة رحمه الله وسفيان الثورى : ينفذ قضاءه؛ لما روى عن رسول الله ﷺ : "أنه قضى بشاهد ويمين الطالب"(١)، وقد أخذ به بعض العلماء رحمهم الله، فكان قضاء فى فصل مجتهد فيه، فينفذ وعلى قول أبى يوسف رحمه الله : لا ينفذ؛ لأنه خلاف التنزيل .

وفى أقضية "الجامع" من تعليقى : أن القضاء بشاهد ويمين يتوقف على إمضاء قاضٍ آخر، ولو قضى بحل متروك التسمية عمدًا، ذكر فى "النوادر" : أن على قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله : ينفذ قضاءه، وعلى قول أبى يوسف رحمه الله : لا ينفذ؛ لأنه خلاف التنزيل .

١٤٣٢٩-ولو قضى فى حد أو قصاص بشهادة رجل وامرأتين، ثم رفع إلى قاضٍ آخر يرى خلاف رأيه، فإنه ينفذ قضاءه، ولا يبطله .

وليس طريق نفاذ قضاء الأول فى هذه الصورة حصوله فى محل مجتهد فيه؛ لأنه لم يبلغنا الاختلاف فيه إلا ما رُوى شاذًا عن شريح رضى الله عنه، وإنما طريقه أن القضاء الأول حصل فى موضع اشتباه الدليل، بيانه : أن المرأة من أهل الشهادة شهادة مطلقة؛ لأن الأهلية لمعانٍ قائمة بها، وتلك المعانى لا تختلف، وظاهر قوله تعالى : ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ﴾(٢) يدل على قبول شهادة النساء مع الرجال مطلقًا، نظرًا إلى اللفظ، وأنه وإن رد فى باب المداينة إلا أن العبرة عندنا لعموم اللفظ لا لخصوص السبب .

ولم يرد نص قاطع فى إبطال شهادة النساء مع الرجال فى هذه الصورة .

وما روى عن الزهرى وهو قوله : مضت السنة الحديث، ليس بدليل قطعى، فكان موضع اشتباه الدليل، وكان موضع الاجتهاد، فكان قضاءه فى فصل مجتهد فيه .

١٤٣٣٠-وفى "السير الكبير" : اشترى الرجل دابة وغزى عليها، فوجد بها فى دار الحرب عيبًا، فإن كان البائع معه فى العسكر خاصمه، وإن لم يكن ينبغى له أن لا

(١) أخرجه أحمد فى "مسنده" (٢٢٢٤-١/ ٢٤٨)، وابن أبى شيبة فى "مصنفه" (٢٩٠٩٤-٦/ ١٣)، والطحاوى فى "شرح معانى الآثار" (٤/ ١٤٥)، والشافعى فى "المسند" (١/ ١٥٠)، والدارقطنى فى "سننه" (٣٣٠٣٢)، والبيهقى فى "الكبرى" (٢١٠٢٧)، وأبو عوانة فى "مسنده" (٦٠١٧)، وابن الجارود فى "المنتقى" (١٠٠٦ و١٠٠٧ و١٠٠٨).

(٢) سورة البقرة : الآية ٢٨٢ .

يركبها، ولكن يسوقها معه حتى يخرجها إلى دار الإسلام، ولو ركبها بحاجة نفسه، أو حمل أمتعته عليها، سقط حقه فى الرد، وجد دابة أخرى أو لم يجد، فإن أتى الإمام، وأخبره فأمره بالركوب، فركب سقط حقه فى الرد، ولو أكره على الركوب؛ لما أنه كان يخاف عليه الهلاك، فركب، ولم ينقصها ركوبه، فله الرد؛ لأنه عند الإكراه ينعدم الفعل من المكره، وينعدم الرضا به.

وإن لم يكره الإمام على الركوب، ولكن قال: اركبها وأنت على ردك، فركبها سقط حقه فى الرد، فإن ارتفعا إلى قاضٍ بعد ذلك، فردها بالعيب على طريق الاجتهاد لما قال له الأمير من ذلك، ثم رفعت إلى قاضٍ آخر، يرى ما صنع الأول خطأ، فإنه يمضى قضاء الأول؛ لأن قضاء الأول حصل فى موضع الاجتهاد؛ لأن ظاهر النصوص الموجبة لطاعة الأمير تخرج ركوبه من أن يكون رضاء بالعيب.

وكذلك التنصيص من الأمير بقوله: وأنت على ردك يسقط اعتبار دليل الرضا منه بالعيب، ولو قضى بإبطال طلاق المكره، نفذ قضاءه؛ لأن قضاءه فى فصل مجتهد؛ لأنه موضع اشتباه الدليل؛ لأن اعتبار الطلاق بسائر التصرفات يبقى حكمه.

١٤٣٣١-وإذا قضى قاضٍ بأمر مختلف فيه، ثم رُفع إلى قاضٍ آخر، فأبطله، ثم رفع إلى قاضٍ ثالث، فهذا القاضى يمضى القضاء الأول، ويرد الثانى؛ لأن الأول نفذ بالإجماع لحصوله فى فصل مجتهد فيه، فكان القضاء الثانى بالرد فى غير محل الاجتهاد، فلا ينفذ ولو كان نفس القضاء الأول مجتهداً فيه، بعض المشايخ رحمهم الله قالوا: هو مختلف فيه، وبعضهم قالوا: لا اختلاف فيه، فرده القاضى الثانى، فإن القاضى الثالث يمضى الرد؛ لأن القضاء بإبطاله حصل فى فصل مجتهد فيه.

١٤٣٣٢-وإذا قضى القاضى فى فصل مجتهد فيه، وهو لا يعلم بذلك، اختلف المشايخ رحمهم الله فيه، بعضهم قالوا: ينفذ قضاءه، وإليه أشار محمد رحمه الله فى كتاب الإكراه، وهكذا روى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله، وعامتهم على أنه لا يجوز، وإليه أشار فى "السير الكبير"، فقد ذكر فى "السير الكبير" فى أبواب الفداء: إذا مات الرجل، وترك رقيقًا، وعليه الديون، فباع القاضى رقيقه، وقضى ديونه، ثم قامت البينة لبعضهم أن مولاه كان دبّره، كان بيع القاضى فيه باطلا، ولو كان القاضى عالمًا

بتدبيره، فاجتهد وأبطل تدبيره؛ لأنه وصيته وباعه فى الدين، ثم ولى قاضٍ آخر، يرى ذلك خطأ، ينفذ قضاء الأول، وقد حصل قضاءه بالبيع فى فصل مجتهد فيه فى الفصلين مع هذا لم ينفذ قضاءه فى الفصل الأول؛ لما لم يعلم، ونفذ فى الفصل الثانى لما علم، وهكذا ذكر فى كتاب الرجوع عن الشهادات.

والمذكور ثمه وإذا شهد محدودان فى قذف ولم يعلم القاضى بذلك حتى قضى بشهادتهما، ثم علم فإن كان من رأيه أن شهادة المحدود فى القذف بعد التوبة حجة، أمضى قضاء، وإن لم يكن من رأيه ذلك نقض قضاءه، وهذا لأن القضاء بشهادة المحدود فى القذف إذا لم يعلم القاضى بكونه محدودًا فى القذف ينفذ ظاهرًا لا باطنًا على ما عرف فى موضعه، فكانت هذه الحالة بمنزلة ابتداء الشهادة.

١٤٣٣٣-ولو علم القاضى بكون الشاهد محدودًا فى القذف فى حال ابتداء الشهادة إن كان من رأيه أنه حجة يقضى بها، وما لا، فلا على ما يأتى بيانه بعد هذا -إن شاء الله تعالى- فهذا تنصيص على أن قضاء القاضى فى المجتهد فيه إنما ينفذ إذا علم بكونه مجتهدًا فيه، وإلى هذا القول أشار فى "الجامع" أيضًا، وهكذا ذكر الخصاف رحمه الله فى كتابه.

قال شمس الأئمة السرخسى رحمه الله فى شرح كتاب الرجوع : × هذا هو ظاهر المذهب، وههنا شرط آخر لنفاذ القضاء فى المجتهد فيه أن يصير[1] الحكم حادثة، فيجرى فيها خصومة صحيحة بين يدى القاضى من خصم على خصم.

١٤٣٣٤-ثم إذا قضى القاضى بشهادة المحدود فى القذف بعد التوبة، وهو يرى أن شهادته حجة إنما ينفذ قضاءه؛ لأن هذا فصل مجتهد فيه، إما لأن فيه اختلافًا فى الصدر الأول، فعمر رضى الله عنه كان يراها حجة، وابن عباس رضى الله عنه كان لا يراها حجة، وإما لأن الموضع موضع اشتباه الدليل؛ لأن الآية مؤولة، والخلاف بين العلماء رحمه الله فى صرف الاستثناء[2] إلى الفسق، أو إلى رد الشهادة ظاهر.

وعن أبى يوسف رحمه الله أنه قال : لا ينفذ هذا القضاء، فإذا رفع إلى قاضٍ آخر

(١) وفى الأصل : أنه.

(٢) وفى الأصل : الاشتباه.

أبطله الثانى ، فكأنه رأى قضاء الأول مخالفًا لظاهر الآية ، فلهذا قال أبطله الثانى .

وفى أقضية "الجامع" من تعليقى عن الشيخ الإمام الزاهد عبد الله الخيزاخزى رحمه الله إذا قضى القاضى بشهادة المحدود فى القذف بعد التوبة ، ورفع قضاءه إلى قاضٍ آخر ، إنما لا يبطل الثانى قضاء الأول إذا كان الأول يراه حقّا ، وعلم الثانى أن الأول رآه حقّا ، بأن أظهر الأول ذلك للثانى ، أو لم يعرف الثانى أن الأول هل رآه حقّا أم لا ؛ لأن الظاهر أن القاضى إنما يقضى بشىء إذا رأى ذلك حقّا ، أما إذا علم الثانى أن الأول لم يرَ ذلك حقّا ، بأن قال الأول : الصحيح قول ابن عباس رضى الله عنه أن شهادته لا تقبل ، وإن تاب كان للثانى أن يبطله ؛ لأنه بيّن أن الأول ما كان قضى حيث قضى بخلاف رأيه ، وسيأتى الكلام بعد هذا فى القاضى يقضى بخلاف رأيه .

١٤٣٣٥-ولو كان القاضى هو المحدود فى القذف ، فقضى لرجل بقضية ، ثم رفع قضاءه إلى قاضٍ آخر ، يرى ذلك باطلا يرد قضاءه ، ويجب أن يعلم بأن المحدود فى القذف لا يصلح قاضيًا قبل التوبة ، ولا تنفذ قضاياه بالإجماع ، وإذا رفع قضاياه إلى قاضٍ آخر ، أبطله القاضى الثانى لا محالة ، فلو نفذه القاضى الثانى ، فالقاضى الثالث يبطله ؛ لأن تنفيذ القاضى الثانى حصل بخلاف الإجماع ، فكان باطلا ، فكان للثانى أن يبطله ، وبعد التوبة لا يصلح قاضيًا عندنا خلافًا للشافعى رحمه الله ، فإن رفع قضاءه إلى قاضٍ آخر يرى بطلانه أبطله ، فقد فرّق بين قضاء المحدود فى القذف وبين القضاء بشهادة المحدود فى القذف ، فقال : القاضى إذا كان محدودًا فى القذف ، ورفع قضاياه إلى قاضٍ آخر يرى بطلانه أبطله .

وإذا قضى بشهادة المحدود فى القذف ، فرفع قضاءه إلى قاضٍ يرى بطلانه لايبطله ، والفرق أن قضاء المحدود فى القذف نفسه مختلف فيه عندنا ، لا يصلح قاضيًا ، وعند من خالفنا يصلح قاضيًا ، ونفس القضاء إذا كان مختلفًا يتوقف على إمضاء قاضٍ آخر ، فأما القضاء بشهادة المحدود فى القذف نفسه ليس بمختلف ، وإنما المختلف شهادة المحدود فى القذف أنها هل تصلح حجة؟ فالقضاء بشهادة المحدود فى القذف ، يكون حاصلا فى المختلف فيه ، فينفذ ، يوضح[1] ما قلنا : إن قضاء المحدود فى القذف إذا كان

(١) هكذا فى ظ ، وكان فى الأصل وم : توضيح .

نفسه مختلفًا فيه لو نفذ كان القاضى ملزمًا قول نفسه، فيكون عاملا لنفسه، والإنسان فيما يعمل لنفسه لا يصلح قاضيًا، فعلى قول من لا يرى ذلك قضاء: ينعدم صورة القضاء، ونفاذ القضاء من غير وجود صورته، لا يكون فأما القضاء بشهادة المحدود فى القذف لو نفذ كان القاضى ملزمًا قول الشاهد، فيكون عاملا لغيره لا لنفسه، فيوجد صورة القضاء، فيمكن تنفيذه.

١٤٣٣٦-ولو رُفع قضاء القاضى المحدود فى القذف إلى قاضٍ يرى جوازه فأمضاه، ثم رفع إلى قاضٍ آخر يرى بطلانه، فالقاضى الثالث يمضى إمضاء القاضى الثانى، ولا يبطل قضاء القاضى الأول؛ لأن إمضاء الثانى حصل فى محل مجتهد فيه، فنفذ[1]، فلا يكون لأحد إبطاله.

قال فى "المنتقى": وإذا كان القاضى محدودًا فى القذف لا يسعه أن يقضى على وجه الحكم، ولكن يُنزع المغصوب من يد الغاصب، ويدفع إلى الطالب بمنزلة من ليس بقاضٍ، فيكون معينًا للطالب، واستشهد صاحب الأقضية لإيضاح الفرق بين قضاء القاضى المحدود فى القذف، وبين القضاء بشهادة المحدود فى القذف، فقال: ألا ترى أن القاضى لو قضى للزوج بشهادة زوجته ينفذ قضاءه لوجود صورة القضاء، ومصادفته محلا مجتهدًا فيه؛ لأن هذا مجتهد فيه أن الزوج هل يصلح شاهدًا لزوجته، وعلى رضى الله عنه كان يرى ذلك، ولو قضى لامرأة نفسه بشهادة شهود لا يجوز لانعدام صورة القضاء لكونه عاملا لنفسه، بل يتوقف على إمضاء قاضٍ آخر، كذا ههنا.

١٤٣٣٧-ولو أن قاضيًا قضى بشهادة شاهدين، ثم علم أنهما كافران، رد قضاءه إذ ظهر أن قضاه وقع بخلاف الإجماع، وإن علم أنهما عبدان، فكذلك الجواب، وأنه مشكل؛ لأن شريحًا رضى الله عنه كان يجيز شهادة العبيد، وكذلك مالك وداود ابن على، والجواب أن الصحابة أجمعوا على عدم قبول شهادة العبيد، فإن عليًا وزيد بن ثابت رضى الله عنهما لما اختلفا فى المكاتب إذا أدّى بعض بدل الكتابة، هل يعتق بقدره؟ قال على رضى الله عنه: يعتق، فاحتج عليه زيد بفصل الشهادة، فقال: أرأيت لو شهد يجوز شهادته فى البعض دون البعض، فلو لا أنهم كانوا متفقين على عدم قبول شهادة

---

(١) وفى الأصل: فينفذ.

العبيد، وإلا لما احتج زيد بفصل الشهادة.

وقول بعض المتأخرين بخلاف إجماع الصحابة رضى الله عنهم: لا يعتبر، ولا تصير الحادثة به مجتهدًا فيه، بخلاف شهادة المحدود فى القذف؛ لأنه كان مختلفًا بين السلف، ولو علم أنهما أعميان، فقد ذكر شمس الأئمة السرخسى رحمه الله فى شرح كتاب الرجوع: أن الجواب فيهما كالجواب فى المحدودين فى القذف، وذكر شيخ الإسلام: أن الجواب فيهما كالجواب فى العبدين، وظاهر ما ذكر فى المختصر يدل عليه.

١٤٣٣٨-عبدٌ، أو صبىٌ، أو نصرانى استقضى، وقضى بقضية، ثم رفع قضاءه إلى قاضٍ آخر، فأمضاه، فإنه لا يجوز إمضاءه، وهذا الجواب ظاهر فى حق الصبى والنصرانى، مشكل فى حق العبد، بناء على ما ذكرنا أن القضاء معتبر بالشهادة، والصبى لا يصلح شاهدًا أصلا، والنصرانى لا يصلح شاهدًا فى حق المسلمين، فلايصلح قاضيًا، فأما العبد يصلح شاهدًا عند مالك وشريح رضى الله عنهما، فيصلح قاضيًا، فإذا اتصل به إمضاء قاضٍ آخر، ينبغى أن ينفذ كما فى المحدود فى القذف، والجواب ما ذكرنا.

١٤٣٣٩-ولو أن أعمى قضى بقضية، ورفع إلى قاضٍ آخر، فأمضاه ينفذ قضاءه؛ لأن فى أهلية شهادته خلاف ظاهر إن كان بصيرًا وقت التحمل، فالخلاف بين أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وبين أبى يوسف رحمه الله، وإن كان أعمى وقت التحمل، فالخلاف بيننا وبين مالك، وقد اعتبر خلافه؛ لأن الموضع موضع اشتباه الدليل؛ لأن التميز شرط فى الشهادة، فمالك اعتبر أصل التميز، وقد وجد ونحن اعتبرنا كمال التمييز، ولم يوجد، وهذا مما يشتبه، وللاجتهاد فيه مجال، وليس فيه إجماع السلف بخلافه، بخلاف فصل العبد على ما مرّ.

ولو رُفع قضاءه إلى قاضٍ لا يرى جواز قضاءه أبطله؛ لأن نفس القضاء مجتهد فيه؛ لأن الخلاف فى أهلية شهاددته خلاف فى أهلية قضاءه، ثم قال: ولو رفع قضاءه إلى قاضٍ يرى شهادته بقضاءه جائزًا، ولا يدرى[1] أنه هل يرى ذلك، فأنفذ حكمه، ثم رفع إلى قاضٍ يرى ذلك باطلا، فليس له أن يبطله؛ لأن إمضاءه حصل فى محل مجتهد فيه، ثم سوّى بينما إذا كان شهادته يرى جائزة وبينما إذا كان لا يدرى؛ لأنه إذا كان لا

(١) وفى "م": إذ لا يدرى.

يدرى يحمل على أنه يرى جوازه ؛ لأن الظاهر أن القاضى لا يقضى بخلاف ما يعتقده .

١٤٣٤٠-ولو أن امرأة استقضيت جاز قضاءها فى كل شىء إلا الحدود والقصاص؛ لأنها تصلح شاهدة فيما عدا الحدود والقصاص، فتصلح قاضية فيها، ولا تصلح شاهدة فى الحدود والقصاص، فلا تصلح قاضية فيها، فإن قضت فى الحدود والقصاص ثم رُفع قضاءها إلى قاضٍ آخر، فأمضاه نفذ قضاءها؛ لأن فى أهليتها للقضاء اشتباه الدليل، كما أن فى أهليتها للشهادة اشتباه الدليل، فكان مجتهدًا فيه .

١٤٣٤١-وإذا قضى القاضى فى المجتهد فيه بخلاف رأيه، ذكر الشيخ الإمام الزاهد فخر الإسلام على البزدوى رحمه الله فى مقدمة قضاء الجامع أن لا ينفذ، وهكذا ذكر فى وقف "فتاوى الفضلى"، وإلى أشار محمد رحمه الله فى قضاء الجامع، فإنه قال: إذا شهد محدودان فى قذف بعد ما تابا عند قاضٍ فرأى القاضى أن يجيز شهادتهما، وقضى بذلك نفذ قضاءه، فشرط رؤية القاضى جواز شهادتهما لنفاذ قضاءه بشهادتهما .

وذكر الخصاف فى "أدب القاضى": أن القاضى إذا قضى بخلاف رأيه ينفذ عند أبى حنيفة رحمه الله، خلافًا لهما رحمهما الله، وكان الفقيه أبو عبد الله الجرجانى رحمه الله يقول: لا يجوز عند أبى حنيفة رحمه الله، وعند محمد رحمه الله: يجوز، وفى شرح الجامع لأبى بكر الرازى رحمه الله: أن القاضى إذا قضى بخلاف مذهبه مع العلم لا يجوز فى قولهم، وذكر الشيخ الإمام ظهير الدين المرغينانى رحمه الله فى "شرح كتاب الأقضية": أن على قول أبى حنيفة رحمه الله: ينفذ قضاءه، وعلى قول أبى يوسف: لا ينفذ قضاءه، ولا رواية فى هذا عن محمد رحمه الله قال: كذا ذكر فى بعض المواضع، وذكر فى بعض المواضع أن على قول أبى حنيفة رحمه الله: يجوز، وعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله: لايجوز، وذكر القاضى الإمام أبو على النسفى رحمه الله: أن على قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله: لا يجوز، وعلى قول محمد رحمه الله: يجوز .

قال رحمه الله: ذكر الخلاف فى بعض المواضع فى نفاذ القضاء، وفى بعض المواضع ذكر الخلاف فى حل الإقدام على القضاء، وذكر فى كتاب القسمة ما يدل على جواز القضاء بخلاف رأيه، فإنه قال: القسمة فى الوصايا التى ازدادت على الثلث عند

أبى حنيفة رحمه الله بطريق المنازعة، وعندهما بطريق العول والمضاربة، ثم قال: وبأى ذلك أخذت فهو حسن، فإن كان الخلاف فى جواز الأخذ برأى الغير، فوجه قول من قال بالجواز أن القاضى أمر بالمشاورة، فلو لم يجز له الأخذ برأى غيره إذا كان مخالفًا لرأيه، لم يكن للأمر بالمشاورة فائدة.

وجه قول من قال بعدم الجواز قوله تعالى: ﴿وَأَنِ احكُم بَينَهُم بِمَا أَنزَلَ اللهُ وَلا تَتَّبِع أَهوَاءَهُم﴾(١) الله تعالى نهى القاضى عن اتباع هوى الغير، والأخذ برأى الغير إذا كان مخالفًا لرأيه اتباع هوى الغير، وإن كان الخلاف فى نفاذ القضاء، فوجه قول من قال بعدم النفاذ: إنه زعم فساد قضاءه، فيعامل فى حقه بزعمه.

وجه قول من قال بالنفاذ أنه قضى فى محل الاجتهاد، فينفذ قضاءه كما لو قضى برأى نفسه، وهذا لأن القضاء إنما يرد لمكان الخطأ، ولا يتيقن بالخطأ فى موضع الاجتهاد؛ لأن كل مجتهد لا يقطع القول بأن الصواب ما أدى إليه اجتهاده، لا ما أدّى(٢) إليه اجتهاد خصمه، بل الأمر محتمل عنده، فإذا كان الأمر محتملا عنده، تيقن الصواب فى الجانب الذى يتصل به القضاء حملا لأمره على الصلاح فينفذه.

١٤٣٤٢-وفى رجوع "الجامع": إذا قضى على الغائب وهو لا يرى ذلك، لا ينفذ عند محمد رحمه الله، وذكر هذه المسألة فى "الفتاوى الفضلى"، وذكر أنه ينفذ فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله، وكان القاضى الإمام شمس الإسلام محمود الأوزجندى رحمه الله يفتى بعدم نفاذ القضاء فى هذه الصورة، وكان الصدر الشهيد رحمه الله يفتى بنفاذ القضاء، وكان الشيخ الإمام ظهير الدين رحمه الله يفتى بالنفاذ أيضًا، وما يفعله قضاة زماننا من تقليدهم شفعوى المذهب فى اليمين المضاف، وبيع المدبر، وأشباه ذلك إن كان التقليد للحكم ببطلان اليمين، وبجواز بيع المدبر كانت المسألة على الاختلاف، وكان جواز حكم الشفعوى على الخلاف، كما لو فعل المقلد بنفسه ذلك، وإن كان التقليد للحكم بما يرى كان جواز الحكم من الشفعوى بالاتفاق، ألا ترى أن السلف كانوا يقلدون الأعمال والقضاء من الخلفاء العباسية، ويرون ما يحكمون به

---

(١) سورة المائدة: الآية ٤٩.

(٢) وفى الأصل: ولا ما أدى.

على آراءهم نافذًا، وإن كان ذلك مخالفًا لرأى الخلفاء لأتباعهم فى المسائل جدهم ابن عباس رضى الله عنه.

١٤٣٤٣-وإذا قضى القاضى بقتل فى قسامة لا ينفذ قضاءه.

وصورته: قتيل وجد فى محلة، وادعى أولياء القتيل على رجل أنك قتلته، قال بعض العلماء رحمهم الله وهو مالك والشافعى رحمهما الله فى القديم: إذا كان بين المدعى عليه، وبين القتيل عداوة ظاهرة، ولا يعرف له عداوة مع غير المدعى عليه وبين دخوله فى المحلة، ووجوده قتيلا مدة قريبة، فالقاضى يحلف ولى القتيل على دعواه، فإذا حلف قضى له بالقصاص وعندنا فيه الدية والقسامة، فهذا هو صورة هذه المسألة، وإنما لم ينفذ القضاء؛ لأنه خلاف السنة، وخلاف إجماع الصحابة رضى الله عنهم.

وعن أبى يوسف رحمه الله: أنه ينفذ القضاء، ولكن إذا رفع إلى قاضٍ آخر أبطله إذا لم يستوفِ القَود؛ لما ذكرنا أنه خلاف السنة، وخلاف إجماع الصحابة رضى الله عنهم، وأول من قضى به معاوية، وقد ردّوا عليه، فلهذا كان للثانى أن يُبطله.

ولو قضى قاضٍ بجواز بيع الدرهم بالدرهمين لا يجوز، وقد مر هذا، وكذلك لو قضى قاضٍ بجواز متعة النساء، لا يجوز، وصورته إذا قال الرجل لامرأة: أتمتع بكِ إلى كذا، وقال: شهرًا[1]، أو ما أشبه ذلك، وإنما قال: لا يجوز القضاء بجوازها؛ لأنها منسوخة، قالت عائشة رضى الله عنها: نسختها آية الطلاق، وقيل: نسختها السنة، وقيل: إجماع الصحابة رضى الله عنهم، وابن عباس رضى الله عنه، وإن قال: بجوازها إلا أن قوله بخلاف الكتاب والسنة لايعتبر كيف، وقد صح رجوعه عنها، وعن أبى يوسف رحمه الله: أنه يجوز قضاءه، وهكذا روى خالد عن محمد عن أبى حنيفة رحمهم الله، ولو كان مكان لفظ المتعة لفظ التزوّج، بأن قال الرجل لامرأة: تزوجتك إلى كذا، فقضى قاضٍ بجواز هذا النكاح، وأبطل الأجل جاز قضاءه؛ لأنه محل الاجتهاد، فإن عند زفر رحمه الله هذا النكاح صحيح، واشتراط الأجل باطل، وهذا لأن اشتراط الأجل شرط فاسد، والنكاح مما لا يبطل بالشروط الفاسدة.

وعن أبى يوسف رحمه الله برواية بشر: أنه لا يجوز قضاءه فى هذه الصورة أيضًا،

(١) وفى الأصل: إلى كذا، أو قال: شهرًا.

وإذا نسى القاضى مذهبه، فقضى بمذهب غيره، قال أبو حنيفة رحمه الله: ينفذ القضاء، وقال أبو يوسف رحمه الله: لا ينفذ، هكذا ذكر الخصاف رحمه الله فى "أدب القاضى"، وهكذا ذكر فى العيون فى آخر "أدب القاضى"، وهكذا ذكر القاضى أبو على النسفى رحمه الله.

١٤٣٤٤-وصورة ما ذكره القاضى أبو على النسفى رحمه الله: إذا نسى القاضى رأيه، وقضى برأى غيره، ثم تذكر رأيه، قال أبو حنيفة رحمه الله: يأخذ برأيه فى المستقبل، ولا يبطل ذلك القضاء، وقال أبو يوسف رحمه الله: يبطله، وذكر القاضى الإمام ركن الإسلام على السعدى والشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسى رحمهما الله قول محمد مع أبى يوسف رحمهما الله، وجعل القاضى الإمام ركن الإسلام هذا هذه المسألة فرعًا لمسألة تقدم ذكرها، وهو ما إذا قضى القاضى بمذهب غيره، وهو عالم بمذهب نفسه، وذكر أن تلك المسألة على الخلاف بين أبى حنيفة وبين صاحبيه، كذا هذه، ولو أنّ قاضيًا قضى بخلاص فى دار استحقت من يدى المشترى، وأخذ الضامن بدار مثلها، ثم رفع إلى قاضٍ آخر، أبطله، وصورة المسألة: رجل باع دارًا له، وضمن البائع للمشترى الخلاص، أو ضمن أجنبى له الخلاص، وتفسيره أن يقول الضامن للمشترى: إن استحقت الدار المشتراة من يدك، فأنا ضامن لك استخلاص الدار، أحتال حتى أستخلص ذلك الدار بالبيع أو بالهبة، وأسلمها إليك، فهذا الضمان باطل عندنا؛ لأنه ضمن ما يعجز عن الوفاء به، وعند بعض الناس يصح هذا الضمان، وهذا القول لا يستند إلى قياس صحيح، وقد استنكره المتقدمون، فقد قال شريح: من شرط الخلاص، فهو أحمق، سلّم ما بعت وخُذ ما اشتريت، ولا خلاص، وإذا قضى قاضٍ بجواز هذا الضمان، فقد قضى بما هو باطل.

ثم ما ذكرنا من تفسير ضمان الخلاص قول أبى حنيفة رحمه الله، وهو اختيار صاحب "كتاب الأقضية"، فأما على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تفسير ضمان الخلاص والعُهدة والدرك واحد، وهو الرجوع بالثمن عند الاستحقاق، وعند أبى حنيفة رحمه الله تفسير ضمان الخلاص ما ذكرنا، وتفسير ضمان الدرك ما قالا، وتفسير ضمان العهدة ضمان الصك القديم الذى عند البائع، ثم عندهما تفسير هذه الأشياء إذا كان واحدًا وهو الرجوع بالثمن عند الاستحقاق، كان هذا الضمان صحيحًا.

١٤٣٤٥-وإذا استحق المبيع من يد المشترى يرجع بالثمن على الضامن ، فمتى قضى بصحة هذا الضمان ، وأثبت للمشترى خصومة مع الكفيل ، ينفذ هذا القضاء ، فإذا رفع إلى قاضٍ آخر لايبطله ، فأما إذا ضمن تسليم الدار إلى المشترى لا يصح ضمانه ، فلا يصح القضاء به ؛ لما ذكرنا .

١٤٣٤٦-ولو أن امرأة رجل أو ابنته عفّت عن دم العمد ، وأبطل ذلك قاضٍ لما أن من رأيه أنه لا عفو للنساء ؛ لأنه لا حق لهن فى القصاص ، كما هو مذهب بعض العلماء رحمهم الله ، وقضى بالقود للرجال ، فقبل أن يقاد الرجل رفع إلى قاضٍ يرى عفو النساء صحيحًا ، فالقاضى ينفذ ذلك العفو ، ويبطل القضاء بالقود ؛ لأن القضاء الأول باطل ؛ لأنه بخلاف الكتاب ، وهو قول تعالى : ﴿وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ﴾[1] وبخلاف قول الجمهور ، وإن كان هذا الرجل قد قيّد نفذ ، فالقاضى الثانى لا يتعرض لشىء ، هكذا ذكر الخصاف رحمه الله وصاحب "كتاب الأقضية" ، قالوا : ينبغى أن يقال : إن كان المقضى له بالقصاص عالـمًا يقتصّ منه ؛ لأنه قتل شخصًا محقون الدم ، وإن كان جاهلا يقضى عليه بالدية .

أصل المسألة ما ذكر فى "الأصل" : أن الدم إذا كان بين اثنين ، فعفا أحدهما ، ثم قتل الآخر ، إن كان القاتل جاهلا تجب الدية ، وإن كان عالـمًا يجب القصاص .

١٤٣٤٧-ولو أن امرأة طلقها زوجها قبل الدخول بها ، وقد كانت قبضت المهر ، وتجهزت بذلك ، فقضى القاضى للزوج بنصف الجهاز ؛ لأنه كان يرى ذلك ، كما قال بعض الناس : بناء على أن الزوج لما دفع الصداق إليها ، فقد رضى بتصرفها ، فصار تصرفها برضى الزوج كتصرف الزوج بنفسه ، ولو أن الزوج اشترى ذلك بنفسه ، وساق إليها ، ثم طلقها قبل الدخول بها ، كان لها نصف الجهاز ، فكذا ههنا ، فإذا قضى به قاضٍ لا ينفذ قضاءه ؛ لأنه بخلاف قول الجمهور ، وبخلاف كتاب الله تعالى ، فإن الله تعالى جعل للزوج فى الطلاق قبل الدخول بنصف[2] المفروض ، والمفروض هو المسمى فى العقد ، والجهاز لم يكن مسمى فى العقد ، فلايتنصف ، فكان هذا قضاء بخلاف النص ،

---

(١) سورة النساء : الآية ١٢ .

(٢) وفى الأصل وم : نصف .

فكان باطلا .

١٤٣٤٨-ولو قضى قاضٍ بإبطال المهر من غير بينة ولا إقرار، أخذ بقول بعض الناس، إن قدم النكاح يوجب سقوط المهر، إما بإيفاء من الزوج، أو بإبراء من المرأة، وترك المرأة الطلب فى هذه المدة دليل عليه، فهذا القضاء باطل ؛ لأنه مخالف لإجماع السلف .

١٤٣٤٩-ولو طلّق امرأته فى حال الحيض، أو فى طهر جامعها فيه، أو طلقها بكلمة واحدة، وقضى قاضٍ بإبطال كله، فهو باطل ؛ لأنه يخالف السنة والإجماع، فكان باطلا .

١٤٣٥٠-ولو أن رجلا قال : إن تزوجتُ فلانةً، فهى طالق، فتزوجها، ورفع الأمر إلى قاضٍ يرى بطلان ذلك الطلاق، فأبطله، نفذ قضاءه، لأنه فصل مجتهد فيه فى الصدر الأول .

١٤٣٥١-وإذا قضى القاضى فى الخلع أنه فسخ أو طلاق نفذ قضاءه ؛ لأن المسألة مختلفة فى الصدر الأول، هكذا ذكره شيخ الإسلام رحمه الله، ولو قضى قاضٍ بالقرعة فى رقيق أعتق الميت واحدًا منهم، لم ينقض قضاءه ؛ لأنه مجتهد فيه، فمالك والشافعى رحمهما الله يقولان : بالقرعة، واعتمدا حديث الحسن البصرى : أن رجلا أعتق ستة أعبد له[1] فى مرضه، ولا مال له غيرهم، فأقرع رسول الله ﷺ بينهم، وأعتق اثنين منهم[2] .

١٤٣٥٢-وعن أبى يوسف رحمه الله : أنه لا ينفذ قضاءه ؛ لأن استعمال القرعة نوع قمار، وأنه حرام، وإنه كان ثم انفسخ، والعمل بالمنسوخ باطل، ولو قضى برد نكاح امرأة بعيب عمى، أو جنون، أو نحو ذلك، لم ينقض قضاءه ؛ لأنه مجتهد فيه فى الصدر

---

(١) وفى الأصل : أعبده .

(٢) أخرجه أبو عوانة فى "مسنده" (٥٨٩١-٥٧٩٢) من حديث عمران بن الحصين، والبيهقى فى "سننه الكبرى" (٢١١٥٣-١٠/ ٢٨٠)، والدارقطنى فى "سننه" (١٠٥-٤/ ٢٣٤)، والنسائى فى "الكبرى" (٢٠٨٥-١/ ٦٣٦)، وكذا فى (٤٩٧٥-١/ ١٨٧)، وفى "المجتبى" (١٩٥٨-٤/ ٦٤)، والطبرانى فى "الأوسط" (٨٥٦٤)، وأحمد فى "مسنده" (١٩٨٣٩)، والمروزى فى "السنة" (٢٦٢)، كلهم من طريق واحد، وهو طريق عمران ابن حصين .

الأول كان عمر رضى الله عنه يقول : ترد المرأة بالعيوب الخمسة ، وكان على وابن مسعود رضى الله عنهما يقولان : لا ترد .

ولو ردت المرأة الزوج بواحد من هذه العيوب ، وقضى قاضٍ بجوازه نفذ قضاءه ؛ لأن هذا فصل مختلف بين أصحابنا رحمهم الله ، فمحمد رحمه الله يقول : بالرد ، فالقضاء صادق محلا مجتهداً فيه .

١٤٣٥٣-ولو قضى بجواز النكاح بغير الشهود نفذ قضاءه ؛ لأن المسألة مختلفة ، فمالك وعثمان البستى رحمهما الله كانا يشترطان الإعلان حتى لو حصل الإعلان بحضور الصبيان والمجانين يصح النكاح عندهما ، وقد اعتبر خلافهما ؛ لأن الموضع موضع اشتباه الدليل ؛ لأن اعتبار النكاح بسائر تصرفاته ، أو بفسخه يقتضى أن لايشترط الشهادة ، ولأن بعض الدلائل المقتضية بجواز النكاح مطلقة عن اشتراط الشهادة ، ولو قضى بجواز بيع المدبر نفذ قضاءه ؛ لأن المسألة مختلفة ، والموضع موضع الاشتباه ؛ لأن التدبير إن اعتبر وصية ، أو تعليقًا للحرية لا يمنع جواز البيع ، فكان الموضع موضع الاشتباه من هذا الوجه ، ولو قضى بشهادة الابن لأبيه ، أو قضى بشهادة الأب لابنه ، نفذ قضاءه عند أبى يوسف رحمه الله خلافًا لمحمد رحمه الله ، هكذا ذكر فى الأقضية .

واعلم بأن هذه المسألة كانت مختلفة بين الصحابة رضى الله عنهم ، فعلى رضى الله عنه كان يرى جوازها ، ثم أجمع المتأخرون على بطلانه ، ورفع الخلاف المتقدم عند محمد رحمه الله ، فلم يكن قضاءه فى فصل مجتهد فيه ، وهذا تنصيص أن الخلاف بين أصحابنا رحمهم الله فى ارتفاع الخلاف المتقدم بالإجماع المتأخر على نحو ما ذكره شمس الأئمة رحمه الله على ما بينا ، وإذا قضى بالشهادة على الشهادة فيما دون مسيرة سفر نفذ قضاءه ؛ لأنه مجتهد فيه ، فأبو يوسف رحمه الله لا يشترط مسيرة السفر .

١٤٣٥٤-وإذا قضى بشهادة شاهد شهد على خط أبيه لا ينفذ قضاءه ، وإذا قضى بأن العنين لايؤجل كما يقوله بعض العلماء أبطل قضاءه .

١٤٣٥٥-وإذا قضى بشهادة شهود على وصية مختومة من غير أن قرئ عليهم إمضاءه الآخر ، وكذلك إذا قضى بما فى ديوانه ، وقد نسى أو قضى بشهادة شهود على صك لا يذكرون ما فيه إلا أنهم يعرفون خطوطهم ، وخاتمهم أمضاه الآخر ، ولم يكن

ينبغى للأول أن يفعل ذلك، وهذا كله قياس قول أبى حنيفة وزفر وأبى يوسف رحمهم الله.

١٤٣٥٦-وإذا قال الغريم للطالب: إن لم أقضك مالك اليوم، فامرأته طالق ثلاثًا، فتغيّب وخشى الغريم أن لا يظهر اليوم، فحنث فى يمينه، فأتى القاضى، وأخبره، فنصب القاضى عن الغائب وكيلا، وأمر الوكيل بقبض المال من المطلوب حتى بين فقبض المال، وحكم به حاكم آخر، فإن أبا يوسف رحمه الله قال: لا يجوز هذا، هكذا ذكر فى الأقضية، وهذا قولهم، وإن خصّ قول أبى يوسف[1] رحمه الله بالذكر.

١٤٣٥٧-وذكر الناطفى فى "الواقعات": ذكر فى كتاب الحسن بن زياد: أن القاضى ينصب وكيلا عن الغائب، ويقبض ما عليه، ولا يحنث، قال الناطفى: وعليه الفتوى، وجه ما ذكر فى الأقضية: أنه لو جاز هذا إنما يجوز من حيث إن نصب الوكيل عن الغائب مختلف فيه إلا أن الخلاف فيما إذا ادعى رجل على الغائب حقّا، وقامت البينة عليه، فعندنا القاضى لاينصب عنه وكيلا، وعند بعض العلماء رحمهم الله ينصب عنه وكيلا، ولم يوجد ذلك ههنا، فلا يكون هذا قضاء على الغائب، لكن هذا تكلف تحرزا عن الحنث.

١٤٣٥٨-وكذلك لو قدم رجل رجلا إلى القاضى، وقال: لأبى على هذا ألف درهم وأبى غائب، وأخاف أن يتوارى هذا، ورأى القاضى أن يجعل الابن وكيلا له، فجعل وكيلا، وقبل البينة عليه على المال، وحكم بالمال، ثم رُفع إلى قاضٍ آخر، فإنه لا يجيزه قال: وإنما استحسن فى العقود خاصة أن أجعل ابنه وكيلا فى طلب حقوقه، وإنما لم يجز القضاء؛ لما ذكرنا أن هذا ليس بقضاء على الغائب إنما هذا الذى أتى القاضى أخبر أن للغائب على هذا كذا، وأنه ليس بخصمه على الغائب، بل هو فضولى، فلا ينفذ قضاءه له؛ لأنه خارج عن أقوال الأئمة، وأما المعقود فهو كالميت فى حق بعض الأحكام، وللقاضى ولاية نصب القيم فى مثله أما ههنا بخلافه.

ورُوى عن محمد رحمه الله: أنه قال: يجوز قضاءه لاشتباه الدليل، فإن للقاضى ولاية نصب الوكيل عن الغائب فى الجملة، ونظير هذا لو جاء رجل إلى القاضى،

---

(١) وفى الأصل: قول أبى حنيفة.

وقال : كان لفلان على كذا من المال، وقد أوفيته، وأنه فى بلد كذا، وأنى أريد أن أقدم تلك البلدة، فأخاف أن يجحد، ويأخذنى بذلك، فاسمع من شهودى، واكتب لى حجة بذلك، فإن القاضى يجعل عن الغائب خصمًا، ويسمع عليه البينة.

١٤٣٥٩-وكذا لو جاءت امرأة إلى القاضى، وقالت : إن زوجى طلقنى ثلاثًا، وأنه فى بلد كذا، وإنى أريد أن أقدم تلك البلدة، وأخاف أن يجحد الطلاق، فاسمَع من شهودى واكتب لى حجة، فإن القاضى يجعل عن الغائب خصمًا، ويسمع عليه البينة لما مرّ.

وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله : فى قاضٍ حجر على مستحق الحجر للفساد، فرفع ذلك إلى قاضٍ آخر، فأبطل الحجر وأجاز البيع، جاز قضاءه، وبطل الحجر؛ لأن نفس القضاء بالحجر مختلف فيه، فلم ينفذ من الأول، وكان للثانى أن يبطله، وسيأتى بعد هذا بخلافه.

ولو رُفع إلى قاضٍ يرى جواز الحجر فأجاز القضاء الأول بالحجر، وأبطل تصرفات المحجور، ثم رفع إلى غيره من القضاة، فليس له أن يبطل ذلك القضاء، ويجيز تصرفات المحجور؛ لأن ذلك القضاء صادف محل الاجتهاد، وهو نفاذ القضاء الأول، فينفذ ظاهرًا وباطنًا، فليس لأحد بعد ذلك أن يبطله.

١٤٣٦٠-وإذا قضى القاضى فى المأذون فى نوع أنه مأذون فى نوع واحد، كما هو مذهب الشافعى رحمه الله عند شرائط القضاء من الخصومة، والدعوى يصير متفقًا عليه، حتى لو رُفع إلى قاضٍ آخر يرى خلافه، لا يبطله، ذكره محمد رحمه الله فى أول المأذون الكبير؛ لأن هذا الفصل مختلف بين السلف.

قال شريح رضى الله عنه : لا يعتبر مأذونًا فى الأنواع كلها، فهذه المسألة يتبين أن المختلف بين السلف كالمختلف بين الصحابة رضى الله عنهم.

١٤٣٦١-وفى إقرار "الأصل" : إذا حجر القاضى على رجل حر، ثم أقر المحجور عليه بدين، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله : إقراره صحيح؛ لأن على قوله الحجر لم يصح، فصار الحال بعد الحجر، كالحال قبله، وعلى قولهما لا يصح إقراره؛ لأن على قولهما : الحجر صحيح فى التصرفات التى تبطله الهزل والكره، التحق

بالصبى .

فإن قيل : ينبغى أن لا يصح الإقرار عندهم جميعًا ؛ لأن القاضى بالقضاء بالحجر قضى فى فصل مجتهد فيه ؛ لأن بين السلف خلاف أن السفه ، هل يوجب الحجر؟ فإذا قضى القاضى بالحجر ، فقد جعله موجبًا ، وهذا إشارة إلى أن نفس القضاء بالحجر ليس بمختلف فيه .

قلنا : هذا ليس بقضاء على الحقيقة ؛ لأن القضاء لا بد له من مقضى عليه ، ومن مقضى له ، ومن مقضى به ، وههنا إن وُجد المقضى عليه ، وهو السفيه والمقضى به ، وهو السفه لا يوجد المقضى له ؛ لأن الولى الذى رفع الأمر إلى القاضى لا يصلح مقضيّا له ؛ لأن القاضى بهذا الحجر ، لا يقضى له على المحجور بشىء ، حتى لو وجد القضاء بأن وُجد المقضى له أيضًا بأن تصرف المحجور بعد الحجر تصرفًا ، ورفع إلى هذا القاضى ، أو إلى قاضٍ آخر ، وصححه أو أبطله ، نفذ ذلك عند الكل حتى لم يكن لقاضٍ آخر بعد ذلك أن يبطله .

فإن قيل : إذا لم يكن هذا قضاء على الحقيقة كان بمنزلة الفتوى ، فينبغى أن لايحجر عندهما ، كما لو أفتى به مفتٍ آخر .

قلنا : الحجر يثبت من غير قضاء إذا كان للحاجر ولاية الحجر ، وإن لم يكن الحجر قضاء ، كالحجر من المولى على عبده ، وكالحجر من الولى على الصبى عن التجارة ، فإن ذلك صحيح ، وإن لم يكن قضاء على الحقيقة ؛ لأنه لهما ولاية الحجر ، كذا ههنا للقاضى ولاية الحجر على السفيه بحكم القضاء ، فيصح حجره ، وإن لم يكن حجره قضاء على الحقيقة -والله أعلم بالصواب- .

الفصل العشرون

فيما يجوز فيه قضاء القاضي وما لا يجوز

١٤٣٦٢- يجب أن يعلم بأن الإنسان لا يصلح قاضيًا في حق نفسه، إما لأنه لا يصلح شاهدًا لنفسه، ومن لا يصلح شاهدًا في شيء لا يصلح قاضيًا فيه؛ لأن كل واحد منهما من باب الولاية؛ لأن فيه أبلغ، فمن لا يصلح لأدنى الولايتين كيف يصلح لإعلاهما؟ وإما لأن القضاء لا بد له من مقضي له، ومن مقضي عليه، فإذا قضى القاضي لنفسه من كل وجه، أو من وجه، لا ينفذ قضاء غير أنه إذا قضى لنفسه من كل وجه لا ينفذ بإمضاءه قاضٍ آخر، وإذا قضى لغيره من كل وجه، فإن لم يصلح قاضيًا بيقين لا ينفذ قضاءه، وإن أمضاه قاضٍ آخر، وإن كان في صلاحه اختلاف فإذا أمضاه قاضٍ آخر، نفذ قضاء بالإجماع، وإن وقع الخلاف في قضاء القاضي أنه قضى لغيره من كل وجه، أو قضى لغير من وجه لنفسه من وجه، يتوقف على إمضاء قاضٍ آخر، وسيأتي بيانه في خلال المسائل -إن شاء الله تعالى-.

١٤٣٦٣- قال في كتاب الوكالة: وإذا وكل القاضي رجلا ببيع دار له[1] أو بإجارتها، أو بالخصومة له في كل حق يطلبه قبل رجل، أو يطلب قبله رجل فهو جائز، وهذا ظاهر، ولايجوز للقاضي أن يقضي لوكيله، ولا لوكيل وكيله، أما إذا كان وكيلا بالبيع والإجارة، فكان حكم العقد وما هو المقصود منه يقع للموكل، فكان القضاء واقعًا للموكل، وكذلك لايقضي لوكيل أبيه، وإن علا، ولا لوكيل ابنه وإن سفل؛ لأنه قضاء لنفسه من وجه؛ لأن بينهما نسبة بعضية، ولأجلها لم تقبل شهادته لهؤلاء، فلا يجوز قضاءه لهم من الطريق الأولى.

ثم فرق بين القاضي نفسه وبين مَن لا تقبل شهادته له في حق القضاء والشهادة، فقال: قضاء الإنسان وشهادته لنفسه، وعلى نفسه لا يجوز، وقضاء الإنسان لمن لا يقبل

---

(١) هكذا في الأصل وم: وكان في ظ: يبيع دارا له.

شهادته له لايجوز، وعليه يجوز.

والفرق أن شهادة الإنسان لنفسه وقضاءه لنفسه إنما لا يجوز؛ لأن القضاء لابد له من مقضى له، ومن مقضى عليه، والشهادة لا بد لها من مشهود له، ومن مشهود عليه، وفى حق هذا المعنى الوجهان على السواء، فأما قضاء القاضى لمن لايقبل شهادته له إنما يجوز لمكان التهمة، ولا تهمة إذا كان القضاء عليه، فلهذا افترقا.

١٤٣٦٤- ولا يجوز للقاضى أن يقضى لعبده ولا لمكاتبه، ولا لعبيد من لا تقبل شهادته لهم، ولا لمكاتبهم؛ لأن القضاء يقع للموكل، وكذلك لا يجوز له أن يقضى لشريكه شركة عنان أو مفاوضة إذا كانت الخصومة فى مال هذه الشركة؛ لأن القضاء يقع للقاضى من وجه.

١٤٣٦٥- ولو مات رجل، وأوصى للقاضى بثلث ماله، وأوصى إلى رجل آخر، لم يجز قضاءه للميت بشىء من الأشياء؛ لأن بقدر الثلث يقع القضاء للقاضى.

وكذلك إذا كان القاضى أحد الورثة، لا يقضى للميت بشىء؛ لأنه يكون قضاءً لنفسه من وجه، وكذلك لو كان الموصى له ابن القاضى، أو امرأته، أو غيرهما مما لا يقبل شهادته لهم، أو كان عبيد هؤلاء؛ لأن القضاء لهؤلاء لا يجوز، وكذلك لو كان القاضى وكيل الوصى فى ميراث الميت؛ لأن القضاء يقع له من حيث الظاهر.

١٤٣٦٦- وكذلك لو كان للقاضى على الميت دين، لا يجوز قضاءه للميت بشىء، وفرق بين قضاء القاضى لغريمه بعد موت الغريم، وبين قضاءه له فى حال حياته، والفرق أن الدَين لايتعلق بمال الصحيح، فبقى ماله بعد لحوق الدين خالص ملكه، فكان القضاء واقعًا للغريم من كل وجه، فأما بعد الموت فالدين يتعلق بماله، فكان المال المقضى به حقّا لرب الدين من ذلك الوجه.

١٤٣٦٧- وإذا وكّل أحد الخصمين عبد القاضى، أو مكاتبه، أو بعض من لا تقبل شهادته له، لا يجوز له أن يقضى للوكيل على خصمه؛ لأن القضاء يقع للوكيل من حيث الظاهر، وأنه لايصلح قاضيًا فى حق هؤلاء -والله تعالى أعلم-.

١٤٣٦٨- وإذا وكّل رجل رجلا بالخصومة فاستقضى الوكيل، فليس له أن يقضى فى ذلك؛ لأن القضاء يقع للوكيل من حيث الظاهر، وليس له أن يقيم وكيلا من موكله؛

لأنه إن أقام بحكم القضاء، كان هذا قضاء للغائب، وإن أقام بحكم الوكالة، فهذا وكيل لم يقل له الموكل: ما صنعت من شيء، فهو جائز، فإن كان الموكل قال له: ما صنعت من شيء فهو جائز، فوكل رجلا بالخصومة جاز، وليس له أن يقضي لهذا الوكيل، وإن صار الوكيل الثاني مع الوكيل الأول وكيلين للموكل الأول، ولهذا ملك عزلهما، وينعزلان بموته، ولكن من حيث إن الوكالة الثانية مستفادة من جهة الأول، وأنه يملك عزله، كأنه وكيل الأول، فيكون هذا من القاضي قضاء لوكيل نفسه من وجه[1]، وأنه لا يجوز.

فرق بين هذا وبين ما إذا أمر القاضي رجلا أن يبيع مال يتيم، فخاصم الوكيل في شيء من حقوق ذلك العقد إلى هذا القاضي، فإنه يجوز له أن يقضي لهذا الوكيل.

والفرق أن القاضي في تصرف مال اليتيم ليس بخصم، وكذا نائبه، ولهذا لا يلحقه العهدة، فانتقل العقد إلى اليتيم من كل وجه، فصار قضاء لليتيم من كل وجه لا لوكيل القاضي، أما ههنا بخلافه.

١٤٣٦٩- وإذا وكل رجل القاضي ثم عزل عن القضاء، أو كانت الوكالة قبل القضاء، ثم استقضي وعزل، فهو وكيل على حاله حتى كان له أن يخاصم عند قاضٍ آخر إلا أنه لا يجوز قضاءه؛ لأنه يصير قاضيًا لنفسه، وهذا المعنى لا يتأتى في حق قاضٍ آخر، وكان له أن يخاصم عند قاضٍ آخر.

١٤٣٧٠- قال في "الجامع الكبير": إذا مات الرجل وله ديون على الناس، بعضها على القاضي، وبعضها على من لا تقبل شهادته له نحو امرأته وابنه، فادعى رجل عند هذا القاضي أن الميت أوصى إليه، فاعلم بأن ههنا ثلاث مسائل: إحداها: هذه، والحكم فيها أن القاضي إذا قضى بوصايته صح قضاءه استحسانًا، حتى لو قضى بعض من سمّينا الدين إلى هذا الوصي يبرأ، ولو رفع قضاءه إلى قاضٍ آخر، فإن القاضي الآخر يمضيه، ولا ينقضه.

وبمثله لو أن القاضي لم يقض له بالوصاية، حتى قضى هو أو بعض من سمّينا الدين، ثم قضى له بالوصاية، لا يصح قضاءه حتى كان للورثة ولاية مطالبته بالدين، ولو رفع قضاء إلى قاضٍ آخر أبطله.

---

(١) هكذا في ظ، وم، وكان في الأصل: قضاء لوكيل هذا القاضي لنفسه من وجه.

والفرق أن القاضي بالقضاء في الفصل الثاني يعمل لنفسه ؛ لأنه يثبت براءة نفسه ، ويصحح دفعه إليه ، والقضاء لنفسه باطل ، ولا كذلك في الفصل الأول ، توضيحه : أن القضاء معتبر في الشهادة والغريم لو شهد بالوصاية لهذا الرجل بعد ما أدّى الدين إليه لا تقبل شهادت لمكان التهمة ، فكذا لا يصح قضاءه ، وقبل قضاء الدين لو شهد الغريم بالوصاية لهذا الرجل تقبل شهادته إذا كان الموت ظاهرًا استحسانًا ؛ لأنه لا تهمة في هذه الشهادة ؛ لأن للقاضي ولاية نصب الوصي إذا كان الموت ظاهرًا بدون الشهادة ، فكذا يصح قضاءه أيضًا ، ثم إن محمدًا رحمه الله سوّى في الفصل الثاني بين القاضي وبين امرأته وابنه ، وقال : إذا رفع قضاءه إلى قاضٍ آخر أبطله ، ولو أمضاه ، كان باطلا ، بعض مشايخنا رحمهم الله قالوا : ينبغي أن يكون الجواب في امرأته وابنه ، بخلاف الجواب في حق نفسه ؛ لأنه قضاء القاضي لنفسه باطل بالإجماع ، فلا يجوز لأحد أن يمضيه ، أما قضاءه لامرأته وابنه مختلف فيه ؛ لأن شهادته لهؤلاء مختلف فيه ، فكذا قضاءه ، فالقضاء بالإيصاء صادف محلا مجتهدًا فيه ، فكان لغيره أن يمضيه إذا كان من رأيه ذلك .

[وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا : ما ذكر من الجواب في حق ابنه مستقيم على قول محمد رحمه الله ؛ لأن قضاءه لابنه مختلف في الصدر الأول ، ثم رجع المتأخرون على بطلانه ، فرُفع الخلاف المتقدم عند محمد رحمه الله على ما ذكرنا في "الأقضية" ، وعلى ما ذكره شمس الأئمة الحلواني على ما مرّ قبل هذا ، فلم يكن قضاءه في فصل مجتهد فيه ، فلا يكون لأحد أن يمضيه .

أما ما ذكر من الجواب في حق امرأة غير مستقيم أصلا ؛ لأن قضاءه لامرأته كان مختلفًا فيه في الصدر الأول ، والمتأخرون ما أجمعوا على بطلانه ، فلم يرتفع الخلاف المتقدم ، وكان قضاءه في فصل مجتهد فيه ، فلا يكون لأحد أن يبطله بعد ذلك ، كيف وقد ذكر في بعض الكتب أن قضاء القاضي لامرأته يتوقف على إمضاء قاضٍ آخر ؛ لأن الناس اختلفوا أن قضاء القاضي لامرأته هل هو قضاء لنفسه من وجه؟ فإذا أمضاه قاضٍ آخر يترجح قوله جانب قضاء لنفسه ، فينفذ لمصادفته محلا مجتهدًا فيه ، وقبل ذلك لا ينفذ][1] .

---

(١) ما بين القوسين ساقط من الأصل وظ ، وقد زيد من م .

١٤٣٧١- ولو لم يدّع أحد الإيصاء حتى جعل له القاضى وصيّا، ثم إن القاضى أو بعض من سمّينا دفع الدين إليه، يجوز الإيصاء والنصب، ويجوز الدفع إليه، وبمثله لو قضى الدين إليه أولا، ثم نصب وصيّا عن الميت برأيه، لا يصح النصب.

والوجه فى ذلك أن للقاضى ولاية نصب الوصى عن الميت برأيه، ويكون هذا النصب من القاضى على وجه القضاء، وبعد قضاء الدين تعذر اعتبار هذا النصب قضاء؛ لأن القاضى فى هذا النصب عامل لنفسه، ولا كذلك النصب قبل قضاء الدين.

١٤٣٧٢- المسألة الثانية: مسألة دعوى النسب إذا كان مكان دعوى الوصاية دعوى النسب فى هذه المسألة، بأن جاء رجل وادعى أنه ابن الميت ووارثه، وأقام على ذلك بينة، وقضى القاضى بالنسب منه، إن كان القضاء بنسبه بعد قضاء الدين إليه، لا ينفذ قضاءه، وإن كان قبل قضاء الدين إليه ينفذ قضاءه.

والفرق بين ما قبل القضاء وبين ما بعد القضاء ما ذكرنا من الوجهين، وفى هذه المسألة على الفرق الثانى نوع إشكال؛ لأن انتفاء التهمة فى شهادة الغريم بالإيصاء، وقضاءه إنما كان؛ لأن للقاضى ولاية نصب الوصى بدون الشهادة، فلم يكن هذا النصب مضافًا إلى الشهادة، فأما ليس للقاضى ولاية إثبات النسب من غير شهادة، فكان ثبوت النسب مضافًا إلى الشهادة وإلى ولاية القضاء، فكان قاضيًا وشاهدًا لنفسه من وجه.

قلنا: لا، بل التهمة منتفية هنا أيضًا؛ لأنه وإن لم يكن للقاضى ولاية إثبات النسب ابتداء، فله ولاية إثبات ولاية الاستيفاء للغير، وفى إثبات النسب إثبات ولاية الاستيفاء، وله ذلك إن لم يكن له ولاية إثبات النسب، فيصلح قاضيًا وشاهدًا فى القضاء بالنسب من حيث إن فى إثبات ولاية الاستيفاء للغير، وإثبات النسب أمر زائد على هذه الولاية، فينتفى التهمة من هذا الوجه.

١٤٣٧٣- المسألة الثالثة: إذا كان مكان دعوى الوصاية والنسب دعوى الوكالة، بأن غاب رب الدين، وجاء رجل وأقام بينة أن رب الدين وكّله بقبض الدين الذى له على القاضى، أو على من سمّينا من قرابته، فقضى القاضى بوكالته، لا يجوز، سواء كان القضاء قبل دفع الدين إليه، أو بعد دفع الدين إليه.

فرق بين الوصاية والوكالة قبل دفع الدين، والفرق: أن للقاضي ولاية نصب الوصي وإن لم يكن على الميت دين، فلا يكون في هذا النصب عاملا لنفسه أصلا، فلا يكون قضاءه لنفسه أصلا، فأما ليس للقاضي ولاية نصب الوكيل من الغائب، فهو بهذا القضاء يعمل لنفسه من حيث إنه يثبت من يقتضي منه، فيبرأ بدفعه إليه، فيكون قاضيًا لنفسه، فلهذا لا يصح، فإن رفع قضاءه بالوكالة إلى قاضٍ آخر، فإن كان القضاء بالوكالة بعد قضاء الدين يرده لا محالة، ولو أمضاه لايجوز إمضاءه؛ لأنه وقع باطلا؛ لأنه قضى لنفسه من كل وجه، فإن كان القضاء بالوكالة من الأول قبل قضاء الدين، فأمضى الثاني، جاز إمضاءه علّل محمد رحمه الله في الكتاب، فقال: لأن إمضاءه الثاني حصل في فصل مجتهد فيه، فقد أشار إلى أن القضاء بالوكالة مجتهدًا فيه.

واختلف عبارة المشايخ فيه بعضهم، قالوا: أراد به حقيقة الاختلاف، فمن المشايخ رحمهم الله من يجيز القضاء بالوكالة، كما يجيز القضاء بالوصاية، وبعضهم قالوا أراد به اشتباه الدليل، ووجه ذلك أن الوكالة إنابة في حال الحياة، والوصاية إنابة بعد الموت، فالقياس الظاهر يوجب التسوية، فينبغي أن يملك القاضي نصب الوكيل، كما يملك نصب الوصي، وينبغي أن يملك القضاء بالوكالة قبل قضاء الدين، كما يملك القضاء بالوصاية، فإذا أخذ بالقياس الظاهر، وقضى بالوكالة قبل قضاء الدين، حصل قضاءه في محل مجتهد فيه، أو نقول: هذا قضاء على الغائب، والقضاء على الغائب مجتهد فيه.

فإن قيل: هذا القضاء إذا كان مجتهدًا فيه، ينبغي أن لا يتوقف على إمضاء قاضٍ آخر على ما مرّ، قلنا: هذا هكذا إذا كان قضاء للغير من كل وجه، أما إذا كان قضاء لنفس من وجه[1] لا ينفذ، بل يتوقف على إمضاء قاضٍ آخر؛ لأن القضاء لنفسه باطل بلا خلاف، وهذا قضاء لنفسه من وجه من حيث إن به يحصل النفع لنفسه من حيث إن يقضيه الدين، فيبرأ، وقضاء للغير من وجه من حيث إنه ربما لايقضيه الدين وينتظر حضور الموكل، فيتوقف على إمضاء قاضٍ آخر، فإن أدى اجتهاده إلى أنه قضاء للغير، وأمضاءه نفذ؛ لأنه صادف محلا مجتهدًا فيه، فلايبقى لما يحصل له من النفع عبرة.

---

(١) هكذا في ظ، وكان في الأصل وم: قضاء لنفسه من كل وجه.

١٤٣٧٤- ونظير هذا: إذا قضى لامرأته يتوقف على إمضاء قاضٍ آخر، وإن كان هذا القضاء مجتهدًا فيه، لهذا إن القضاء لنفسه باطل بلا خلاف، والخلاف في أن قضاء الرجل لامرأته، هل هو قضاء لنفسه من وجه؟ فإذا أمضاه قاضٍ آخر يترجح جانب كونه قضاء للغير على كونه قضاء لنفسه، فينفذ ما صادف محلا مجتهدًا فيه، وقيل: ذلك لا ينفذ ولا يتوقف، كذا ههنا على أن في نفاذ القضاء على الغائب روايتين، فعلى إحدى الروايتين: لا ينفذ؛ لأنه نفس القضاء مختلف فيه فيتوقف على هذه الرواية على إمضاء قاضٍ آخر، وعلى إحدى الروايتين: ينفذ؛ لأن على إحدى الروايتين لا خلاف في نفس القضاء، وإنما الخلاف في أن الإنكار على سبيل اليقين، هل هو شرط؟ فعلى قياس هذه الرواية ينبغي أن لا يتوقف القضاء بالوكالة هنا على إمضاء قاضٍ آخر -والله أعلم بالصواب-.

١٤٣٧٥- إذا نصب القاضي مسخرًا على الغائب لا يجوز، ولو حكم عليه لايجوز، وتفسير المسخر أن ينصب القاضي وكيلا عن الغائب ليسمع الخصومة عليه، وكذلك لو أحضر رجلا غيره عند القاضي ليسمع الخصومة عليه، والقاضي يعلم أن المحضر ليس بخصم، فالقاضي لا يسمع الخصومة عليه، وإنما يجوز نصب الوكيل عن خصم، اختفى في بيته، ولا يحضر مجلس الحكم، فالقاضي ينصب عنه وكيلا، ولكن بعد ما بعث أمناءه إلى داره، ونودي على باب داره على ما ذكرنا قبل ذلك، أما في غير ذلك الموضع فلا.

والدليل على أن نصب المسخر لا يجوز ما ذكر الخصاف رحمه الله في "أدب القاضي": رجل ادعى عقارًا في يدي رجل، وأقام البينة على الملك، فالقاضي لايسمع بينة، ولا يقضي له بالملك ما لم يعلم أن العقار المدعى به في يد المدعى عليه، أو يشهد الشهود بذلك؛ لجواز أن المدعي واضع رجلا، حتى يقرّ بأن العقار المدعى به في يده، فيقضي القاضي بذلك عليه، ويكون ذلك استحقاقًا عليه، وعلى غيره، والعقار في الحقيقة في يد غيره.

١٤٣٧٦- وذكر محمد رحمه الله في شهادات "الجامع": رجل غاب، فجاء رجل، وادعى على رجل ذكر أنه غريم الغائب، وإن الغائب وكله بطلب كل حق له على

غرماءه بالكوفة، والخصومة فيه، والمدعى عليه يُنكر وكالته، فأقام المدعى بينة على وكالته، فقضى القاضى عليه بالوكالة.

قال شيخ الإسلام رحمه الله هذه المسألة دليل على جواز الحكم على المسخر، فإنه قال: ادعى على رجل ذكر أنه غريم الغائب، ولم يقل: ادعى على رجل هو غريم الغائب، قال الصدر الشهيد رحمه الله: ولكن هذا عندنا محمول على ما إذا لم يعلم القاضى بكونه مسخراً، قيل: وينبغى أن تكون هذه المسألة على روايتين؛ لأن هذا فى الحاصل قضاء على الغائب، وفى القضاء على الغائب روايتان فى إحدى الروايتين لا ينفذ؛ لأن نفس القضاء مختلف فيه وفى الرواية الأخرى ينفذ؛ لأن نفس القضاء ليس بمختلف فيه، وإلى هذا مال شيخ الإسلام رحمه الله، والمسألة فى شرح كتاب المفقود.

١٤٣٧٧- وكان الشيخ الإمام ظهير الدين المرغينانى رحمه الله يقول فى القضاء على الغائب: يفتى بعدم الجواز والنفاذ كيلا يتطرقوا إلى هدم مذهب أصحابنا رحمهم الله، فلو أن القاضى حكم على المسخر، وأمضى قاضٍ آخر صح الإمضاء، ولايكون لأحد بعد ذلك إبطاله إذا قضى القاضى بعين فى يدى رجل، والمقضى به ليس فى ولايته صح القضاء، ولكن لا يصح التسليم.

صورة المسألة: البخارى ادّعى داراً على سمرقندى عند قاضى بخارى أن الدار التى فى يديه بسمرقند فى محلة كذا، إلى آخره ملكى، وحقى وفى يده بغير حق، وأقام بينة على دعواه، فالقاضى يقضى بالدار للمدعى، ويصح قضاءه؛ لأن المقضى له، والمقضى عليه حاضران إلا أن التسليم لا يصح؛ لأن الدار ليست فى ولايته، فيكتب إلى قاضى سمرقند لأجل التسليم.

١٤٣٧٨- وإذا أمر القاضى إنساناً أن يقضى بين اثنين لم يجز قضاءه، إلا أن يكون الخليفة أذن للقاضى بذلك؛ لأن القضاء أمر يحتاج فيه إلى العلم والأمانة والرأى والخليفة بالتفويض إلى هذه القاضى من غير إذن بالاستخلاف رضى بعلمه، وأمانته ورأيه، إما ما رضى بغيره فرق بين القاضى وبين إمام الجمعة، فإن الخليفة إذا فوّض إلى إنسان إقامة الجمعة[1] مطلقاً، فاستخلف غيره جاز، والفرق أن هناك الإذن بالاستخلاف

---

(١) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل: إذا فوّض الأمر إلى إنسان من إقامة الجمعة.

إن لم يوجد نصّا وجد دلالة ؛ لأن الخليفة إنما فوّض إليه إقامة الجمعة مطلقًا مع علمه أن العوارض المانعة من إقامة الجمعة نحو المرض والحدث في الصلاة وغير ذلك متوهم مقصور ، وعلى تقدير التحقيق لا يمكن انتظار إذن الإمام لضيق الوقت ، فقد أذن له بالاستخلاف دلالة ، أما ههنا لما لم يوجد الإذن صريحًا لم يوجد دلالة ؛ لأن أكثر ما فيه أن العوارض المانعة من القضاء موهوم مقصور في حق هذا القاضي ، ولكن انتظار إذن الإمام ههنا ممكن ، لأن تأخير سماع الخصومات ممكن ؛ لأنه غير مقدر بوقت ، فلهذا افترقا .

١٤٣٧٩- وفرق بين القاضي وبين الوصي أيضًا ، فإن الوصي يملك التفويض إلى غيره ، وإن لم يأذن له الموصي ، والفرق أن في حق الوصي الإذن بالتفويض ثابت دلالة أيضًا ؛ لأن الوصي إنما يعمل بعد موت الموصي ، فإذا أوصى إليه مع علمه أنه قد يعجز عن التصرف بنفسه ، وعلى تقدير العجز لا يمكنه استطلاع رأيه في التفويض إلى غيره ، فقد أذن له بالتفويض إلى غيره دلالة ، أما ههنا استطلاع رأي الخليفة ، والاستخلاف ممكن للقاضي إن عجز عن القضاء ، فلا حاجة إلى إثبات الإذن دلالة بالتفويض إلى غيره ، فإن كان الخليفة أذن للقاضي في الاستخلاف إما نصّا أو دلالة ، بأن قال له : ما صنعت من شيء ، فهو جائز ، يملك توكيل غيره إلا أن بين مسألة التوكيل وبين مسألة القاضي فرق من وجه ، فإن الموكل إذا أذن للوكيل أن يوكل فوكل ، وقال الأول للوكيل الثاني : ما صنعت من شيء ، فهو جائز ، لا يكون للوكيل الثاني أن يوكل غيره ، والخليفة إذا أذن للقاضي في الاستخلاف فاستخلف ، وقال للخليفة[1] : ما صنعت من شيء ، فهو جائز كان له أن يستحلف غيره ، فلو أنّ الخليفة لم يأن له بالاستخلاف ، فأمر رجلا ، فحكم بين اثنين حتى لم يجز حكمه ، ثم إن القاضي أجاز ذلك الحكم ، ينظر إن كان الخليفة بحال يجوز حكمه لو كان قاضيًا ، جاز إمضاء القاضي حكمه ، وإن كان بحال لا يجوز حكم لو كان قاضيًا ، يُنظر إن كان ممن يختلف فيه الفقهاء ، كالمحدود فيه القذف جاز إمضاءه ذلك ، وإن كان عبدًا أو صبيّا لم يجز ؛ لأن القاضي إذا لم يؤذن في الاستخلاف صار الحال في حقه بعد الاستخلاف كالحال قبل الاستخلاف ، وقبل

---

(١) وفي الأصل : وقال له الخليفة .

الاستخلاف لو قضى، وهو من أهل القضاء، توقف نفاذه على إجازة قاضٍ آخر، وإن لم يكن من أهل القضاء لا يتوقف كذا هنا.

١٤٣٨٠- ولو أن الخليفة أذن للقاضى فى الاستخلاف، فاستخلف رجلا، ثم أراد أن يعزله، لم يكن له ذلك إلا إذا كان الخليفة أذن له بالعزل أيضًا، بأن قال له: ولِّ من شئتَ واستبدل من شئت.

ولو أذن له فى الاستخلاف فاستخلف رجلا، فهذا القاضى الثانى يصير قاضيًا من جهة الخليفة، لا من جهة القاضى الأول حتى لو أراد القاضى الأول أن يعزل الثانى، لم يكن له ذلك إلا إذا قال الخليفة للقاضى الأول: استبدل من شئت.

ولو أن الخليفة أمر القاضى أن يستخلف رجلا يسمع من الخصوم، ويسمع من الشهود، ويكتب الإقرار، ولا يقطع الحكم، فأمر القاضى رجلا يقوم بذلك، لا يجاوز ذلك، فإن لهذا الرجل أن يسمع من الشهود، ويكتب إقرار من أقر عنده، ويسأل عن الشهود، ثم ينهى ذلك للقاضى، فيكون القاضى هو الذى يحكم بعد أن يعرف صحة ذلك؛ لأن الخليفة لو أمر القاضى أن يسمع من الشهود، ويكتب الإقرار، ولا يقطع الحكم، بل يرفع الأمر إلى الخليفة حتى يحكم الخليفة بنفسه، كان صحيحًا، فكذلك إذا أمره بالاستخلاف على هذا الوجه.

١٤٣٨١- ثم الخليفة إذا رفع الأمر إلى القاضى، فالقاضى لا يقضى بتلك البينة، بل يأمر بإحضار المدعى والمدعى عليه، وبإحضار الشهود، ويأمر الشهود أن يشهدوا ثانيًا عنده بحضرة المدعى والمدعى عليه، فإذا صحت الشهادة عنده، قضى بتلك الشهادة، وهذا فصلٌ الناس عنه غافلون، فإن نائب القاضى يسمع البينة، ويكتب الإقرار، ويبعث إلى القاضى، والقاضى يقضى بذلك، ولا ينبغى له أن يقضى بذلك، وإنما عليه أن يأمر بإعادة البينة، وأن يحضر المقر حتى يقر عنده، ثم يحكم بما يصح عنده.

١٤٣٨٢- وإن كان الشهود شهدوا عند الخليفة بالحق، ثم غابوا، فأعلم الخليفة القاضى بما شهدوا عنده لهذا على هذا، فالقاضى لا يقبل ذلك، ولا يحكم به حتى يعيدوا الشهادة عنده، وكذلك إذا كان المدعى عليه أقرّ عند خليفة ثم جحد بعد ذلك، فأخبر الخليفة القاضى بإقراره عنده، فالقاضى لا يقبل ذلك إلا أن يأتى الخليفة القاضى،

ويشهد عنده مع غيره على إقراره، فيقبل القاضى ذلك على طريق الشهادة؛ لأنه لو شهد على إقراره غير خليفته مع رجل آخر، يقبل ذلك، فخليفته أولى.

وسئل القاضى الإمام شمس الأئمة الأوزجندى رحمه الله عن القاضى إذا سمع الدعوى، ويسمع النائب الشهادة، هل يقضى النائب بالشهادة بدون إعادة الدعوى؟ قال: لا إلا أن يأمر القاضى بالحكم بتلك البينة.

وسئل أيضًا عن القاضى إذا سمع الدعوى والشهادة، ولم يحكم، وأمر نائبه بالحكم وهو مأذون بالاستخلاف بحكم المثال الصحيح، هل يصح هذا الأمر، وإذا حكم النائب هل يصح حكمه؟ قال: نعم.

١٤٣٨٣- وفى الفتاوى عن الفقيه أبى القاسم أن القضاة على قسمين: قاضٍ قلد، وقاضٍ ولّى بسبب من دفع الرشوة أو الشفعاء، فالأول: إذا قضى ثم رفع قضيته إلى قاضٍ يرى خلافه، فإنه لا يبطل قضاءه إذا حصل فى محل الاجتهاد، والثانى: إذا قضى، ثم رفع قضاءه إلى قاضٍ يرى خلافه له أن ينقضه، بعض مشايخ زماننا رحمهم الله قالوا: إن من تقلد القضاء بالرشوة لا يصير قاضيًا، وإذا قضى لا ينفذ حكمه، ولا يحتاج فيه إلى النقض، وأما الذى طلب القضاء بالشفعاء، فهو والذى قلد سواء فى حق نفاذ قضاءه فى المجتهدات.

١٤٣٨٤- وإذا كان القاضى مأذونًا بالاستخلاف، فحكم خليفته فى حادثة، ووقعت الحاجة إلى إثبات حكمه عند القاضى الأصلى، ينبغى أن يثبتوا ذلك بشرائطه من تقديم دعوى صحيحة على خصم حاضر، كما لو أثبتوا قضاء قاضٍ آخر.

ومما يتصل بهذا الفصل:

١٤٣٨٥- ما ذكر شمس الأئمة السرخسى رحمه الله فى شرحه: أن فى ظاهر الرواية المصر شرط نفاذ القضاء، وفى رواية "النوادر": ليس بشرط، وذكر الخصاف رحمه الله فى "أدب القاضى" فى باب القاضى: يقضى بعلمه أن المصر شرط نفاذ القضاء، وإليه أشار محمد رحمه الله فى "الأصل"، وفى "المنتقى": إشارة عن أبى يوسف رحمه الله إلى أن المصر شرط نفاذ القضاء، فإنه قال: قضاة أمير المؤمنين إذا خرج

أمير المؤمنين، فخرجوا معه، فلهم أن يقضوا؛ لأن هؤلاء ليسوا بقضاة أرض، إنما هم قضاة الخليفة، فأينما خرج الخليفة، فلقضاءه أن يقضوا[1]، وإن خرج القاضي وحده، فليس له أن يقضي.

وعن أبي يوسف رحمه الله في "الإملاء": أن المصر ليس بشرط، قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: وكثير من مشايخنا رحمهم الله أخذوا برواية "النوادر": أن المصر ليس بشرط باعتبار الحاجة، فإنه عسى تقع الحاجة إلى أن يخرج القاضي إلى محدود، ويسمع الدعوى ثمه، ويقضي هناك.

١٤٣٨٦- وإذا أمر القاضي إنسانًا بالقسمة في الرستاق، فقسم صحت قسمته باتفاق الروايات؛ لأن القسمة ليست من أعمال القضاء حتى يشترط لصحتها المصر في ظاهر الرواية -والله أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب-.

---

(١) وفي الأصل: فللقضاة أن يقضوا.

الفصل الحادى والعشرون
فى الجرح والتعديل

١٤٣٨٧- ولا يسأل القاضى عن الشهود عند أبى حنيفة رحمه الله إلا أن يطعن الخصم فيهم، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : يسأل عنهم وإن لم يطعن الخصم فيهم، وهذا فى غير الحدود والقصاص، أما فى الحدود والقصاص، فالقاضى يسأل عنهم، وإن لم يطعن الخصم فيهم، قيل : هذا اختلاف عصر وزمان، فأبو حنيفة رحمه الله كان فى القرن الثالث الذى شهد له رسول الله ﷺ بالخيرية، فكان الغالب فيهم العدالة، فبنى الحكم على الغالب، وهما كانا فى القرن الرابع الذى شهد رسول الله ﷺ فيهم بالكذب، فكان الغالب فيهم الكذب، فأمر بالسؤال لهذا، وكان القاضى الإمام أبو على النسفى رحمه الله يقول : ينبغى للقاضى أن يحكم زى الشهود، وسيماهم إن كان عليهم زى الصالحين عمل فيهم بقول أبى حنيفة رحمه الله، وإن كان عليهم زى الفسقة عمل فيهم بقولهما.

وقيل : بل هذا اختلاف على الحقيقة حجتهما أن التعديل حق القاضى ؛ لأن القاضى منهى عن القضاء بشهادة الفاسق مأمور بالتثبت فيه، فلا يتوقف استيفاءه على طلب الخصم قياسًا على سائر الحقوق.

ولأبى حنيفة رحمه الله : الحديث المعروف وهو قوله ﷺ : «المسلمون عدول بعضهم على بعض»[١]، ولأن الظاهر من حال المسلمين العدالة والبناء على الظاهر واجب ما لم يعارضه ظاهر آخر، ففيما إذا طعن الخصم فيهم عارضه ظاهر آخر، فوجب السؤال، بخلاف ما قبل الطعن كان قضيته ما قلنا : أن لا يسأل فى الحدود، وفى القصاص أيضًا، إلا أنا تركنا القياس ثمّة ؛ لأن الظاهر لا يخلو عنه نوع احتمال، وشبهة،

---

(١) أخرجه ابن أبى شيبة فى "مصنفه" (٢٠٦٥٧-٤/ ٣٢٥) والدارقطنى فى "سننه" (١٦-٤/ ٢٠٧) والبيهقى فى "الكبرى" (٢٠٦١٩-١٠/ ١٩٧)، وذكره أبو الشجاع فى "الفردوس بمأثور الخطاب" (٦٥٩٣-٦٥٩٤).

والحدود تندرئ بالشبهات، فشرطنا السؤال ثمّة احتيالا لدرءها قبل السؤال، فأما المال يثبت مع الشبهات.

١٤٣٨٨- ولأن فى الحدود لو وقع الخطأ لا يمكن التدارك، بخلاف المال، فلو أن الخصم عدّل الشهود، فهذا على وجهين: إما إن عدّلهم قبل أن يشهدوا عليه، فقال: هم شهود عدول، فلما شهدوا عليه أنكرها، أو عدلهم بعدما شهدوا عليه، فإن عدّلهم بعد ما شهدوا عليه، فهو على وجوه: إن قال: هى عدول، صدقوا فيما شهدوا به عليّ، أو قال: هم عدول فيما شهدوا به على، أو قال: جائز شهادتهم عليّ، أو قال: شهدوا على بالحق، أو قال: الذى شهدوا به هذه الشهادة حق، وفى هذه الوجوه الأربعة: القاضى يقضى عليه بما شهدوا؛ لأن هذه الألفاظ إقرار منه بالمال، ويكون القضاء بالإقرار لا بالشهادة.

١٤٣٨٩- وإن قال: هم عدول إلا أنهم أخطأوا، أو قال: هم عدول، ولم يزد على هذا، فإن كان المشهود عليه عدلا من أهل التعديل، فالقاضى يقضى بشهادتهما عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله من غير أن يسأل عن المزكى بناء على أن العدد فى المزكى عندهما ليس بشرط، وعند محمد رحمه الله ما لم يسأل القاضى عن المزكى لا يقضى بشهادتهما بناء على أن العدد فى المزكى شرط عنده، هكذا ذكر فى كتاب التزكية، وفى "كتاب الأقضية" فى أوله، وفى "أدب القاضى" للخصاف فى آخر باب المدعى عليه يعدل الشهود، وفى "الرقيات": فعلى هذه الروايات: اعتبر تعديل المشهود عليه تعديلا.

وذكر فى "الجامع الصغير"، وفى "كتاب الأقضية" قريبًا من الثلث الأول، وفى "أدب القاضى" للخصاف فى أول باب المدعى عليه: يعدّل الشهود أن القاضى لا يقضى بشهادتهما، حتى يسأل عنهما، وهكذا رُوى عن أبى يوسف رحمه الله فى "الأمالى"، وهكذا روى هشام عن محمد رحمه الله، فعلى هذه الروايات لم يعتبر تعديل المشهود عليه تعديلا.

ووجه هذه الروايات: أن المدعى عليه أن عدّلهما بقوله: هم عدول، فقد جرحهما بإنكاره ما شهدا به بنسبته إياهما إلى الكذب؛ ولأن تعديل الشهود حق المدعى، وفى

زعم المدعى أن هذا التعديل لم يصح ؛ لأن المدعى عليه ظالم، ليس من أهل أن يعدّل، والمنقول عن محمد رحمه الله، هذا أن المدعى عليه حين قال : وهما لم يزكهما، قال الصدر الشهيد رحمه الله : فإما أن يقال : في المسألة روايتان، أو يحمل ما ذكر في بعض الروايات أن القاضي لايقضي بشهادتهما، حتى يسأل أنه قول محمد رحمه الله خاصة، لا لأن تعديله ليس بتعديل ولكن لأن العدد في المزكي عنده شرط على ما يأتي بيانه بعد هذا، أو يقال : ما ذكر في بعض الروايات أن تعديل المشهود عليه ليس بتعديل محمول على ما إذا كان جاحداً، أما إذا كان ساكتًا، وهو من أهل التعديل صح تعديله، هكذا أول رحمه الله في "شرح الجامع الصغير"، وإن لم يكن المدعى عليه من أهل التزكية والتعديل بأن كان فاسقًا، أو مستور الحال، لا يصح تعديله، ولا يقضي القاضي بشهادتهما.

فإن قيل : يجب أن يصح تعديل المشهود عليه، وإن كان فاسقًا، أو مستور الحال ؛ لأنه إقرار على نفسه، وإقرار الفاسق أو مستور الحال على نفسه صحيح.

قلنا : كما أن هذا إقرار على نفسه فهو إقرار بوجوب القضاء على القاضي، وإقراره على القاضي لا يصح، ثم إذا لم يثبت التعديل بقول الفاسق ومستور الحال، فالقاضي يسأل المشهود عليه أصدقوا أم لا، إن قال : صدقوا، فقد أقر على نفسه، فيقضي عليه بإقراره، وإن قال : أوهموا، أو أخطأوا، فالقاضي لا يقضي عليه.

١٤٣٩٠- وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله : أنه ينبغي للقاضي إذا أقام المدعي البينة أن يسأل المشهود عليه عن الشهود، فإن عدّلهم المشهود عليه بعد ما شهدوا عليه، قضى عليه، ولم يلتفت إلى طعنه بعد ذلك، هذا إذا عدلهما المشهود عليه بعد الشهادة.

فأما إذا عدّلهما قبل أن يشهدوا عليه، ثم شهدا عليه، فأنكر المشهود عليه ما شهدا به، فالقاضي لا ينفذ ذلك عليه، ولا يكتفي بذلك التعديل، أما على الرواية التي لا يعتبر تعديل المشهود عليه بعد الشهادة فظاهر، وأما على الرواية الأخرى ؛ لأنه يمكنه أن يقول : كنت ظننت أنهما عدلان، وأنهما لا يشهدان على بزور غير أنهما تغيّرا وفسقا، هكذا ذكر المسألة في "كتاب الأقضية".

وروى الحسن عن أبى حنيفة : ما يدل على أن تعديله قبل الشهادة معتبر ، فإنه رُوى : أن المشهود عليه إذا عدّل الشهود بعد ما شهدوا عليه ، ثم طعن فيهم ، قال : لا يقبل طعنه ، وقضى عليه بشهادتهم ، وإن كان قد عدّلهم قبل أن يشهدوا عليه ، فلما شهدوا عليه ، طعن فيهم ، قال : لم يقضِ عليه بتعديله إياهم قبل أن يشهدوا ، قيّد الجواب بالطعن ، فهذا يبين لك أن بدون الطعن يقضى عليه بذلك التعديل السابق .

١٤٣٩١- ثم التزكية نوعان : تزكية السرّ ، وتزكية العلانية ، فتزكية العلانية أن يحضر المعدل مجلس الحكم ، ويسأله القاضى عن الشهود بحضرتهم ، فيزكيهم ، ويقول بحضرتهم : هؤلاء عدول ، والتزكية فى السر أن يسأل القاضى المعَدل عن الشاهد فى السر ، فيعدله أو يجرحه ، وقد كانت التزكية فى زمن رسول الله ﷺ وأصحابه رضى الله عنهم تزكية العلانية ؛ لأن القوم كانوا صلحاء ، وكان المعدل لايخاف من جرح الشهود علانية ؛ لأنه كان لا يخاف من المدعى والشهود الجرح ؛ لأنهم منقادين للحق ، وبعد ذلك فسد أحوال الناس ، وآل الأمر إلى أن المزكى لو جرح الشهود بحضرتهم قابلوه بالأذى ، وظهر عجز المعدل عن تزكية العلانية ، فأحدثوا تزكية السر ، وهو معنى ما نقل عن محمد رحمه الله فى "النوادر" : تزكية العلانية عناء وبلاء ، وقيل : أول من أحدث تزكية السر شريح ، وحين أحدثها قيل له : أحدثت ما لم يكن ، فقال : أحدثتم فأحدثنا ، يعنى أحدثتم إظهار العداوة والخصومة مع المعدل لو جرح واحدًا منكم فى العلانية ، فأحدثنا تزكية السر .

١٤٣٩٢- قال فى "أدب القاضى" : لو جمع القاضى بين تزكية السر والعلانية ، فذلك أحسن ، وتفسير الجمع أن المزكى إذا عدل الشهود فى السر ، فالقاضى يجمع بين الشهود وبين المزكى فى مجلسه ، ويقول للمزكى : أهؤلاء الذين زكيتهم .

قال فى "كتاب الأقضية" : وينبغى أن المعَدّل فى العلانية هو المعَدِّل فى السر ، وإنما كان هذا حسن ، حتى لا يسمى الرجل باسم غيره ، أو لا يتفق[1] اثنان على اسم واحد .

١٤٣٩٣- قال فى "أدب القاضى" : وينبغى للقاضى أن يختار للمسائلة عن الشهود من كان عدلا ؛ لأنه يعدل غيره ، فلا بد من أن يكون عدلا فى نفسه ، وينبغى أن

---

(١) وفى م : إذ لا يتفق .

يكون صاحب خبرة بالناس، ولا يكون منزَوِيًا[1]، ولا يخالط الناس؛ لأنه إذا لم يكن بهذه الصفة لا يعرف العدل من غير العدل، وينبغي أن لا يكون طمّاعًا، ولا فقيرًا حتى لا يخدع بالمال، وينبغي أن يكون فقيهًا يعرف أسباب الجرح وأسباب التعديل؛ لأنه اختلف[2] أقاويل أهل العلم في أسباب التعديل والجرح، فمنهم من ضيّق كل التضييق حتى قال: من سمع الأذان، وانتظر الإقامة، سقطت عدالته.

ومنهم من وسع كل التوسيع، فينبغي أن يكون فقيهًا حتى لا يوسّع كل التوسيع، ولايضيق كل الضيق، ولا يعدل مردود الشهادة من غير علم، ولا يجرح عدلا من غير علم، وينبغي أن يكون غنيّا حتى لا يخدع بالمال، وإن وجد عالـمًا فقيرًا أو غنيّا غير عالم، اختار العالم، وإن وجد عالـمًا ثقة لا يخالط الناس، ووجد ثقة غير عالم يخالط الناس، يختار العالم؛ لأن العالم لا يقدم في شيء، حتى يصح ذلك عنده، فهو بعلمه يقدر على الجرح والتعديل، وغير العالم لا يعرف العدل من غير العدل، فكان العالم أولى من هذا الوجه.

١٤٣٩٤- والأولى أن لا يكون المزكّي مغفلا ولا يكون منزويًا لا يخالط الناس؛ لأنه إذا كان مغفلا، أو لا يخالط الناس، لا يعرف معاملاتهم، ولا ينكشف له حالهم، ولا يمكنه تمييز العدل من غير العدل، والعدد في المزكي ورسول القاضي إلى المزكي، وفي المترجم عن الشاهد الأعجمي، وعن الخصم الأعجمي ليس بشرط عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، والواحد يكفي، وعند محمد رحمه الله العدد شرط، والواحد لا يكفي، ويكفيه الإثنان إن كان المشهود به حقّا يثبت بشهادة رجلين عدلين، وإن كان حقّا لا يثبت إلا بشهادة الأربع يشترط الأربع.

وأجمعوا على أن ما سوى العدد من سائر شرائط الشهادة سوى التلفظ بلفظة الشهادة من العدالة والبلوغ عن عقل والبصر، وأن لا يكون محدودًا في القذف شرط، والحرية شرط بالإجماع في ظاهر الرواية، والإسلام شرط بالإجماع إذا كان المشهود عليه مسلمًا.

---

(١) هكذا في الأصل وم، وكان في ظ: منزيًا.

(٢) وفي الأصل: اختلف.

١٤٣٩٥- وأجمعوا على أن التلفظ بلفظ الشهادة ليس بشرط، فوجه قول محمد رحمه الله : إن التزكية والترجمة شهادة معنى؛ لأن القضاء لا يجب إلا بهما، كما لا يجب إلا بالشهادة؛ لأن العلم للقاضي لا يثبت إلا بهما، فكانت شهادة معنى، فيعتبر بالشهادة حقيقة، والواحد لا يكفى فى الشهادة حقيقة، فكذا فى التزكية والترجمة.

١٤٣٩٦- وعن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله : أنهما قالا : أن التزكية والترجمة شهادة معنى، كما قاله محمد رحمه الله إلا أنه خبر حقيقة، ولهذا لايشترط فيهما لفظة الشهادة، وهو قوله : أشهد، فمن حيث إنه خبر لم يشترط فيهما العدد، ومن حيث إنه شهادة شرطنا فيهما سائر شرائط الشهادة.

وتحقيقه : أن اشتراط سائر الشرائط ما سوى العدد فى الشهادة على موافقة القياس، أما العدالة فلأن بها يترجح الصدق، ولهذا شرطت العدالة فى سائر الأخبارات، وأما البلوغ عن عقل والحرية فلأن الشهادة ولاية على الغير، وأنها تتفرع عن الولاية على نفسه، والولاية على نفسه لا تثبت إلا بالبلوغ عن عقل والحرية، فأما البصر فلأن القدرة على التمييز إنما تثبت به، وأما الإسلام إنما شرط إذا كان المشهود عليه مسلمًا؛ لأنه لا ولاية للكافر على المسلم، أو لأن الكافر متهم بالخيانة فى حق المسلمين، دل أن اشتراط هذه الشرائط فى الشهادة على موافقة القياس، فيمكن اشتراطها فيما هو فى معناها قياسًا عليها.

وأما اشتراط العدد فى الشهادة كان على مخالفة القياس، ولهذا لا يشترط فى سائر الأخبارات، فيقتصر عليها.

ثم هذا الاختلاف فى تزكية السر، فأما فى تزكية العلانية فالعدد شرط بالإجماع؛ لأن معنى الشهادة فيها أبين وأظهر، ألا ترى أنها تختص بمجلس القضاء، بخلاف تزكية السر عندهما، وذكر أبو على النسفى رحمه الله فى كتابه : عن محمد رحمه الله ما يدل على أن العدد فى تزكية السر عنده ليس بشرط، والذى ذكر فيما إذا عُرف المزكى الشهود بالعدالة، أو لم يعرفهم بها، لكن سئل ممن عرفهم وأخبره بعد التهم، ينبغى للمزكى أن يعدلهم قطعًا، فيقول : هو عدول، ولايقول : هم عدول؛ لأن الثقات أخبروا بعدالتهم؛ لأن هذا ليس بتعديل، بل هذا إخبار عن تعديل الغير، وهذا الإخبار لم يثبت عند

القاضى لكون المخبر واحدًا.

رواه عن محمد رحمه الله : وروى عنه رواية أخرى أن القاضى يقبل ذلك منه ؛ لأنه أحال بالتعديل على حجته ، وهذه الرواية دليل على أن العدد فى المزكى عند محمد رحمه الله ليس بشرط .

١٤٣٩٧- أما الترجمان إذا كان أعمى ، ذكر فى غير رواية الأول عن أبى حنيفة رحمه الله : أنه لا يجوز ترجمته ؛ لأن العمى جرح ، وعن أبى يوسف رحمه الله : أنه يجوز ترجمته ، والمرأة الواحدة إذا كانت ثقة حرة جازت ترجمتها عندهما ، كالرجل ، وهذا فى الأموال ، وما يجوز شهادتهما فيه ، أما فيما لا يجوز شهادتها فيه ، لايجوز ترجمتها فيه .

١٤٣٩٨- قال فى "كتاب الأقضية" : إذا أراد المزكّى أن يعدل الشهود ، ينبغى أن يقول : إنهم عدول ثقات جائز الشهادة[1] ، قال : هذا هو أبلغ الألفاظ فى التعديل .

وقال ابن سلمة : المزكّى يقول فى التزكية : هو عندى عدل مرضى جائز الشهادة ، وفى "العيون" : ذكر لفظ عندى أيضًا ، وبعض المشايخ رحمهم الله قال : إذا قال : عندى لا يكون هذا تعديلا ؛ لأن بقوله عندى أوقع الشك ، والفقيه أبو الليث رحمه الله زيّف هذا القول ، وقال : هذا عندى ليس بشىء ؛ لأن العالم بالحقائق هو الله تعالى ، وإنما يخبر المكلف عما عنده ، ووقع فى اجتهاده .

١٤٣٩٩- وقال أبو يوسف رحمه الله : يقول المزكّى : ما أعلم منه إلا خيرًا ، كما ذكر عمر رضى الله عنه ، ولو قال : لا بأس به ، فقد عدّله ، وفى "أدب القاضى" : إذا قال المزكى : هم عدول ، فهذا ليس بتعديل ؛ لأن المحدود فى القذف بعد التوبة عدل ، ولا تقبل شهادته ، وما رواه أبو على النسفى عن محمد رحمه الله : دليل على أنه تعديل ، وكذلك إذا قال : هم ثقات ، فالقاضى لا يكتفى به ، فقد يطلق هذا اللفظ على المستور ، وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا : إنه تعديل ، ولو قال : إنه مزكى يكتفى به ؛ لأنه طلب منه التزكية ، وقد أتى بلفظ التزكية ، فصار كالشاهد بعد الاستشهاد يأتى بلفظ الشهادة .

ولو قال : لا أعلم منه إلا خيرًا ، فقد ذكر فى "أدب القاضى" : أنه تعديل ، وأنه

---

(١) وفى الأصل : جائز فيه الشهادة .

موافق لما روينا عن أبى يوسف رحمه الله، ومن المشايح رحمهم الله من قال : إنه ليس بتعديل، والأصح أنه تعديل؛ لأنه نفى ما سوى الخير عنه، فكان مثبتًا صفة الخير له؛ إلا أنه أثبت بقدر ما علم من حيث الظاهر، وهو المأخوذ به فى حق العباد، أما العلم بالحقائق لله تعالى.

١٤٤٠٠- وعن محمد رحمه الله : المزكى إذا كان عالـمًا بصيراً يكتفى به منه، وإذا كان غير عالـم لا يكتفى به منه؛ لأن غير العالم بما لا يعرف هذا تعديلا، وإن قال : لا أعلم منه إلا خصلة من أنواع الخير، وبهذا القدر لا يثبت العدالة، وإن قال : هو عدل فيما علمنا، فقد قال بعض العلماء : إنه تعديل، وهكذا رُوى عن شريح، والأصح أنه ليس بتعديل؛ لأن قول الإنسان فيما علمنا إذا اقترن بالأخبار يخرجه من أن يكون إثباتًا، ألا ترى أن الشاهد إذا شهد أن لفلان على فلان كذا فيما أعلم، لا تقبل شهادته؛ لأنه لا يكون إثباتًا، وكذلك قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله، إذا قال : لفلان علىّ ألف درهم فيما أعلم، لا يكون إقرار، وتأويل حديث شريح أنه كان يقبل[1] شهادة المستور، كما هو قول أبى حنيفة رحمه الله، وإن قال : هو عدل إن لم يكن شرب الخمر، فهذا ليس بتعديل؛ لأن فيما ذكر تعريض لوصفه بذلك النوع من الفسق، وإن قال : هو عدل -الله أعلم- لا يكون تعديلا، بل يكون جرحًا؛ لأنه نفى علم نفسه حيث أحال بالعلم على الله تعالى.

١٤٤٠١- قال ابن سماعة فى "نوادره" : عن أبى يوسف رحمه الله قال : أجيز فى تزكية السر تزكية العبد والمرأة والمحدود فى القذف والأعمى إذا كانوا عدولا، أقبل فى تزكية العلانية إلا من كنت أقبل شهادته؛ لأن تزكية السر من باب الإخبار، ألا ترى أنه لا يشترط فى العدد عندهما، والمخبر به أمر دينى، وقول المرأة والعبد والمحدود فى الأمور الدينية[2] مقبول إذا كانوا عدولا، ألا ترى أنه يقبل روايتهم فى الأخبار عن رسول الله ﷺ، ويجب الصوم بقولهم، فأما تزكية العلانية نظير الشهادة، حيث شرط فيها العدد، وهؤلاء لا يصلحون للشهادة، قال : وأقبل فيها رجل وامرأتين، يعنى فى تزكية العلانية؛

(١) وكان فى الأصل : أنه كان لا يقبل.

(٢) وفى م : والمحدود فى القذف الأمور الدينية.

لأن شهادة رجل وامرأتين فى الأموال مقبولة، فكذلك التزكية، وعلى هذا تزكية الوالد لولده فى السر، وتزكية الولد لوالده فى السر جائزة؛ لأنها من باب الأخبار أقصى ما فيه أنه تزكية لنفسه من حيث المعنى، ولكن يجوز للإنسان أن يزكى نفسه إذا احتاج إليه، ألا ترى أنه كيف زكّى نفسه يوسف صلوات الله عليه فى قوله تعالى: ﴿اجعَلنِي عَلى خَزَائِنِ الأرضِ إنّى حَفِيظٌ عَلِيمٌ﴾(١).

وأما فى العلانية فلا يجوز إلا تزكية من تقبل شهادته له، وكذلك على هذا تزكية العبد لمولاه فى السر جائزة، وروى محمد عن أبى حنيفة رحمهما الله: أنه يجوز تعديل العبد والمرأة والأعمى، وعن محمد رحمه الله: لا يجوز تعديل هؤلاء، قال: ينبغى للمعدّل أن يختار للسؤال من اتصف بالأوصاف التى شرطناها فى المزكى، وإنما يسأل جيرانه، وأهل سوقه؛ لأنهم أعرف بحاله، هكذا ذكر فى "أدب القاضى".

١٤٤٠٢- قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله: إنه يسأل عن جيرانه إذا لم يكن بينه وبينهم عداوة ظاهرة، ولا يتحامل هو عليهم يعنى لا يكون يده فوق أيديهم نحو أن لا يعطى الجباية(٢) وما أشبهه، وهو اختيار أبى على النسفى رحمه الله، ورواه عن محمد رحمه الله، وذكر من جملة من يسأل عنه رفيق الشاهد، وقرينه، فقد صحّ عن عمر رضى الله عنه أنه قال: إذا كان فى المرء ثلاث خصال، فلا تشكوا فى صلاحه إذا حمده ذو قرابته وجازه ورفيقه، وإن لم يجد فى جيرانه، وأهل سوقه من يصلح للتعديل يسأل أهل محلته، وإن وجد كلهم غير ثقات يعتبر فى ذلك تواتر الأخبار، وكذلك إذا سأل عن جيرانه أو أهل محلته، وهم غير ثقات، فاتفقوا على تعديله، أو جرحه، ووقع فى قلبه أنهم صدقة، كان ذلك بمنزلة تواتر الأخبار.

١٤٤٠٣- وإن أخبر بعضهم بعدالته، وبعضهم بجرحه، فالحكم فيه كالحكم فى اختلاف المزكى فى التعديل والجرح، وسيأتى بيان ذلك بعد هذا -إن شاء الله تعالى- وإن كان الشاهد غريبًا لايعرف إذا سئل عنه فى السر، فالقاضى يسأل الشاهد عن معارفه، فإذا سمّاهم سأل عن معارفه فى السر حتى يظهر عنده أنهم هل يصلحون للتعريف، فإن

---

(١) سورة يوسف: الآية ٥٥.

(٢) هكذا فى ظ وكان فى الأصل وم: الجناية.

عدّلوا سألهم عن الشاهد، واعتمد على خبرهم فى الجرح والتعديل، وألا يوقف فيه، وسأل عن المعدل الذى فى بلدته إن كان فى ولاية هذا القاضى، وإن لم يكن كتب إلى قاضى ولايته يتعرّف عن حاله.

١٤٤٠٤- قال هشام رحمه الله: سألت محمداً رحمه الله عن رجل شهد عند القاضى، وهو على رأس خمسين فرسخًا، فبعث القاضى أمينًا على جعل يسأل المعدّل عن الشاهد، فالجعل على من قال: على المدعى، وهذا ظاهر؛ لأن منفعة عمل الأمين راجعة إلى المدعى.

وفى "نوادر ابن سماعة": عن محمد رحمه الله: لا ينبغى للقاضى أن يسأل عن الشاهد رجلا له على المشهود له مال إذا كان المشهود له مفلسًا، فلسه القاضى، أو ميتا أقام وصيه على غيره بينة؛ لأنه متهم فى هذا التعديل بيانه إذا ظهرت عدالة الشهود، لزم قضاء القاضى بشهادتهم، وعند ذلك يزول الإفلاس، وزوال الإفلاس نفع فى حقه؛ لأن ماله فى ذمته بمنزلة التاوى يزول ذلك التوى بزوال الإفلاس، فثبت أن فى التعديل نفعًا له، فكان متهما فيه.

ونظير هذه الرواية فى الشاهد إذا كان له على المشهود له مال، وأنه مفلس أنه لا تقبل الشهادة له بهذه التهمة، وإن لم يكن مفلسًا تقبل شهادته له، ويصح تعديله لشهوده لعدم هذه التهمة، إذ لا يثبت بهذه الشهادة أمر لم يكن ثابتًا؛ لأنه كان متمكنًا من استيفاء حقه قبل الشهادة، وقبل التعديل، حيث يمكنه منه بعد ذلك.

١٤٤٠٥- قال: ولو أن غريبًا نزل بين ظهرانى قوم، وشهد هذا الغريب عند القاضى فى حادثة، فسألهم القاضى أو المعدل عن حاله، وقد عرفوه بالصلاح، ولم يظهر منه ما يسقط عدالته؟ هل يسعهم أن يعدلوه؟ كان أبو يوسف رحمه الله أولا يقول: إن مكث بينهم ستة أشهر، ولم يعرفوا منه إلا الصلاح، يسعهم أن يعدلوه، وإن كان دون ذلك، فليس لهم أن يعدلوه، ثم رجع، وقال: إذا مكث بينهم سنة، ولم يعرفوا منه إلا الصلاح، جاز لهم أن يعدلوه، وما لا فلا؛ لأن الحاجة إلى معرفة حاله بالتجربة، وقد ورد الشرع بتقدير مدة التجربة بالسنة، كما فى العنّين.

توضيحه: أن من الفرائض ما لا يجب إلا بعد كمال الحول، كالزكاة وصوم

رمضان، فما لم يحل عليه الحول، لا يقفون عليه أنه منتهك، أو ممن يراعى حق الله تعالى فى الزكاة والصوم.

وروى هشام عن محمد رحمه الله : أنه على قدر ما يقع فى القلب صلاحه، وروى إبراهيم عنه أنه قال : من وقت فى التزكية فهو مخطئ، وهذا على ما يقع فى القلب، ربما يعرف الرجل فى شهرين والآخر لا يعرف فى سنة؛ لأنه يراءى ويتصنع، وهذا القول أشبه بالفقه.

وينبغى أن يكون على قياس أبى حنيفة رحمه الله كذلك؛ لأنه يفوض إلى رأى المجتهد فى مثله، ولا يقدر فيه بشىء، كما فى الكثير الفاحش، وفى المدة التى يصير الكلب معلمًا فيها، فلو أن صبيًا بلغ وشهد شهادة، فحكمه حكم هذا الغريب الذى نزل بين ظهرانى القوم، لا يعدلوه حتى يظهر عندهم صلاحه وعدالته، والمدة التى يظهر فيها حاله عندهم مقدرة على قياس قول أبى يوسف رحمه الله، كما بينا.

ولا يقدر عند محمد رحمه الله، بل هى على ما يقع فى القلب؛ لأن العدالة مبناها توجه الخطاب حتى يعرف انزجاره عن محظورات دينه، وائتماره بالأوامر، والخطاب إنما توجه عليه الآن.

١٤٤٠٦- ولو أن نصرانيًا أسلم، ثم شهد، فإن كان القاضى عرفه عدلا فى النصرانية، يقبل شهادته، ولا يتأنى، وإن لم يعرفه بالعدالة، يسعه أن يسأل[1] ممن عرفه بالعدالة فى النصرانية، ويسعه أن يعدله من غير تأنى، وإنما وقع الفرق بين الصبى والبالغ لما ذكرنا أن العدالة والفسق، إنما يعرف بتوجه الخطاب، والخطاب متوجه على النصرانى، فإذا رأيناه منزجرًا عما اعتقد محظورات دينه قبل ذلك، يستدل أنه على عدالته، ولا يتغير ذلك بالإسلام، وأما الصبى فإنما يتوجه عليه الخطاب بعد البلوغ، ولا يعرف انزجاره عن محظورات دينه قبل ذلك ليستدل به على عدالته، فلا بد من مدة بعد البلوغ ليعرف انزجاره عن محظورات دينه.

١٤٤٠٧- وقال بعض مشايخنا رحمهم الله : الصبى إذا راهق الحلم، ولم يزل رشيدًا حتى بلغ أن شهادته مقبولة، ويسع للمعدّل أن يعدّله، وإن لم يعرف منه رشدًا إلى

---

(١) وكان فى الأصل : أن يسأله.

أن بلغ، فإنه يتأنى فيه، ويتربص مدة يظهر صلاحه، ويقع فى القلب أنه عدل، كما ذكرنا فى الغريب، وهذا القائل سوّى بين الصبى وبين النصرانى فى اعتبار العدالة السابقة، وهو اختيار أبى على النسفى رحمه الله.

ووجه التسوية: أن النصرانى لا شهادة له على المسلم كالصبى، وإنما حدثت لهما أهلية الشهادة على المسلم بالبلوغ والإسلام، ثم لما اعتبرنا العدالة التى قبل الإسلام، فلأن نعتبر[1] العدالة التى قبل البوغ فى حق المراهق أولى، وهذا لأن المراهق مأمور بالصلاة، ويؤدّب على تركها، ويؤمر بالقضاء إذا أفسدها، وكذلك الصوم وغيرهما من الأحكام المختصة بأهلية الشرائع ما لم يكن النصرانى مأموراً بها، ثم لما بنى الحكم على العدالة قبل الإسلام فلأن يبنى على العدالة للصبى قبل البلوغ أولى.

١٤٤٠٨- ولكن المشهور ما ذكرنا فى "كتاب الأقضية" عن محمد رحمه الله: فى نصرانيين شهدا على نصرانىّ، وعدلا فى النصرانية، ثم أسلم المشهود عليه، ثم أسلم الشاهدان، فالقاضى لا يقضى بتلك الشهادة؛ لأنهما كافران وقت الأداء، فإن شهدا بذلك بعد الإسلام، يعنى أعادا شهادتهما بعد الإسلام، فالقاضى يسأل المعدّل المسلم عن حالهما؛ لأن ذلك التعديل لم يعتبر حجة على المشهود عليه بعد الإسلام، لكونه تعديل الكافر، حتى لو كان ذلك التعديل السابق من المسلمين، قضى القاضى بشهادتهما؛ لأن ذلك التعديل وقع معتبراً.

١٤٤٠٩- وفى "نوادر هشام": عن محمد رحمه الله قال: سألت محمداً عن شاهدين مشركين شهدا على مشرك بشهادة فعدّلا، فلم يقضِ القاضى بشهادتهما، حتى أسلم المشهود عليه، ثم أسلم الشاهدان، قال: أسأل الشاهدين أن يُعيدا الشهادة، قلت: أتسألُ عن تعديلهما؟ قال: لا، لأنهما عدلا فى الشرك، قلت: فمسألة الشاهدين المشركين من المسلمين، أو من المشركين؟ قال: من المسلمين، قلتُ: فإن لم يعرفهما؟ قال: سأل المسلمون عن العُدول من أهل الشرك، ثم يسأل أولئك المشركون عن الشهود.

١٤٤١٠- قال محمد رحمه الله: فى رجل ارتكب ما يصير به ساقط الشهادة من

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم: فلا تعتبر.

الكبائر، ثم تاب، وشهد عند القاضي قبل أن يأتي عليه زمان: لا ينبغي للمعدل أن يعدله، حتى يأتي عليه زمان، وهو على توبته يقع فى القلب أنه صحت توبته، وهذا لأن التوبة أمر باطن لا تعرف إلا بدليلها، والامتناع عن ارتكاب الجناية محتمل بين أن يكون على وجه التوبة، وبه يصير عدلا، وبين أن يكون لا على وجه التوبة؛ لأن الفاسق لا يدوم على معصية على سبيل الموالاة، وبه لا يصير عدلا، فلا بد من انضمام شيء آخر يدل على أن الامتناع على سبيل التوبة، فضممنا مضى مدة، وهو على توبته فيها يقع فى قلب المجتهد أنه صح التوبة، وعلى قياس ما روى عن أبى يوسف رحمه الله فيما تقدم: ينبغي أن يقدر تلك المدة بسنة أو بستة أشهر، وإن كان هذا الفاسق شهد وهو فاسق، ثم تاب، ومضى عليه زمان، وهو على توبته على نحو ما ذكرنا، فالقاضي لا يقضي بتلك الشهادة، بل يأمر بإعادتها، فإن أعادها وعدّله المعدل، فالقاضي يقبل شهادته إن كان لم يرد شهادته التى شهد بها فى حال فسقه لفسقه، أما قبل الرد إنما تقبل شهادته لأن بعد رد الشهادة هو متهم فى التوبة لجواز أنه قصد بها تنفيذ شهادته، ودفع ضرر عاد[1] رد الشهادة عن نفسه وهو فى الباطن بخلافه.

١٤٤١١- ولو أن فاسقًا معروفًا غاب غيبة منقطعة سنة أو سنتين أو أكثر، ثم قدم، ولا يرى منه إلا الصلاح، فشهد عند القاضي، وسأل القاضي المعدل عنه، فلاينبغي للمعدل أن يجرحه لما كان رأى فيه من قبل، ولا ينبغي له أن يعدّله أيضًا حتى تتبين عدالته، وهو بمنزلة الغريب نزل بين ظهرانى قوم.

١٤٤١٢- وكذلك الذمي إذا أسلم وقد عرف منه ما هو جرح قبل الإسلام، لا ينبغي للمعدل أن يجرحه لما رأى فيه من قبل، ولا يعدّله أيضًا حتى تظهر عدالته؛ لما مرّ.

١٤٤١٣- قال: ولو أن رجلا عدلا مشهوراً بالرضاء غاب ثم حضر وشهد وسئل المعدّل عنه، فإن كانت الغيبة قريبة، كان للمعدل أن يعدّله؛ لأنه ظهر عدالته، ولم يظهر بخلافه، إذ لو كان منه شيء بخلافه لوصل الخبر؛ لأن المدة قريبة، وإن كانت الغيبة منقطعة مسيرة ستة أشهر، أو نحوه، فإن كان الرجل مشهوراً بالرضا والعدالة، كشهرة أبى حنيفة رحمه الله وابن أبى ليلى، فله أن يعدّله؛ لأنه لم يظهر بخلافه ما عرف منه، إذ

---

(١) هكذا فى الأصل وم، وكان فى ظ: عار.

لو كان منه شيء بخلاف ذلك، لتحدث الناس به، ولو تحدثوا به لوصل الخبر.

ألا ترى أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يغيبون، وكان لا يبطل حكم عدالتهم، وطريقه ما قلنا.

وإن لم يكن الرجل مشهوراً، فالمعدّل لا يعدّله؛ لأن هذه مدة يجوز أن يتغيّر المرء فيها، وإذا لم يكن مشهوراً فالناس لا يتحدثون بأفعاله وأحواله ليستدل بعدم وصول الخبر على عدم التغيّر، ولا كذلك ما إذا كان الرجل معروفًا مشهوراً، وإذا عدّل الشهود عند القاضى، وعرفهم القاضى بالعدالة، فشهدوا عنده مرة أخرى، فإن كان بين التعديل، وبين الشهادة الثانية مدة قريبة، قضى القاضى بشهادتهم من غير سؤال، وإن طال الزمان، وتقادم العهد، سأل القاضى عنهم يريد به على قول من يرى السؤال عن الشهود، وهذا لأن الإنسان لا يبقى على صفة واحدة فى جميع الزمان، بل يتغير على ما عليه الغالب، ولا يكون التغير فى زمان قريب، وإنما يكون فى زمان طويل، فبعد ذلك اختلف المشايخ رحمهم الله فيما بينهم منهم من قدر الطويل بسنة، وهو قول أبى يوسف رحمه الله آخراً، وهو اختيار أبى على النسفى رحمه الله.

ومنهم من قدّر الطويل بستة أشهر، وهو قول أبى يوسف رحمه الله: أولا، وهو اختيار الخصاف، ومنهم من قدّره بأربعة أشهر، ومنهم من قدره بشهر، ومنهم من كره التقدير وفوّضه إلى رأى القاضى إن وقع فى رأيه بعد الاجتهاد والتأمل أنه تغير فى هذه المدة، ورأى هذه المدة طويلة يسأل عنه.

وإن وقع فى رأيه أنه لم يتغير فى هذه المدة، ورأى هذه المدة قريبة لا يسأل عنه، وهذا القول أشبه بأصول أصحابنا رحمهم الله، وهو مروى عن محمد رحمه الله، وإن عرف المزكى الشهود[1] بالعدالة غير أنه علم أن دعوى المدعى كانت باطلة، أو أن الشهود أوهموا فى بعض الشهادة، فينبغى أن يبين للقاضى بما صح عنده من عدالة الشهود، أو وهمهم فى الشهادة، أو بطلان دعوى المدعى، فالعدل قد ينسى، وقد يغلط، والمزكى قد يقف على بطلان دعوى المدعى بما يعترض على أصل سبب الاستحقاق من الإبراء أو الإيفاء فى الديون، أو تلقى صاحب اليد الملك من المدعى، أو ما أشبه ذلك، والشاهد لا

---

(١) وكان فى الأصل: المشهود.

يعرف ذلك، ويشهد بناء على ما عاين من سبب الاستحقاق، وبهذا[١] لا يسقط عدالته، فلهذا قال: يذكر عدالة الشهود، وبطلان دعوى المدعى، ثم القاضى يتفحص عمّا أخبره المزكى غاية التفحص، فإن تبين له حقية[٢] ما أخبره المزكى رد شهادة الشهود، وإن لم يتبين له حقية[٣] ما أخبره المزكى قبل شهادة الشهود؛ لأنه قد ثبت حجة دعوى المدعى بشهادة شهود عدول، ولم يثبت بهذا الخبر بطلان دعواه؛ لأنه لا يصلح معارضًا لشهادتهم، فلهذا قبل القاضى شهادتهم، فإن عرف المعدل من الشهود ما هو جرح، فلا ينبغى له أن يذكر جرحه صريحًا، بل يذكره بالتعريض أو الكناية بأن يقول: الله أعلم أو ما أشبه، تحرزًا عن هتك الستر على المسلم بقدر الممكن.

وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: لا بد وأن يذكر الجرح ويذكر سببه؛ لأن أسباب الجرح كثير، فلعل أن المعدل ظن شيئًا سبب جرح، ولا يكون سبب جرح، فلا بد من البيان لينظر القاضى فيه، فإن رآه جرحًا رد شهادته، ومالا فلا.

١٤٤١٤- قال: وينبغى للقاضى إذا جرّح الشهود أن يكتم الجرح، ويقول للمدعى: رد فى شهودك احتراز من هتك الستر، قال بعض مشايخنا رحمهم الله: على قياس ما ذكر ههنا: إذا عدّل بعض الشهود، وجرّح البعض، ينبغى للقاضى أن يكتب أسماء الذين عدّلوا، ويترك أسماء المجروحين فى السجل والمحضر، فيكتب: شهد فلان وفلان، فعدّل فلان وفلان وفلان؛ لأنه حينئذٍ يظهر المجروح لا محالة، فيهتك ستره، ولكن هذا ليس بصواب؛ لأن الخصم ربما يطعن، وعند ذلك يحتاج القاضى إلى معرفة الشهود، فإذا لم يكن أساميهم مذكورة فى السجل، ولا فى الديوان لا يجدهم حتى يتعرف عن حالهم ثانيًا، فالصواب كتابة أساميهم، ولكن يكتب أسماء المعدّلين لا غير، تحرزًا عن هتك الستر بقدر الممكن، وإن كان المعدل لا يعرف الشهود بالعدالة، فأخبره رجلان عدلان، وسعه أن يعدلهما، هكذا ذكر فى "كتاب الأقضية"؛ لأن خبر العدلين حجة مطلقة يجوز للقاضى أن يقطع الحكم به، فيجوز للمعدّل التعديل به، ألا ترى أنه

---

(١) هكذا فى الأصل وم، وكان فى ظ: وهذا.

(٢) هكذا فى الأصل وم، وكان فى ظ: حقيقة.

(٣) هكذا فى الأصل وم، وكان فى ظ: حقيقة.

إذا شهد عند رجل عدلان على النسب وسعه أن يشهد على النسب، فكذا ههنا قالوا: هذا لاستشهاد مستقيم على ما ذكر محمد رحمه الله فى مسألة النسب فى الكتب الظاهرة.

أما على ما ذكر بشر بن الوليد: أن على قول أبى يوسف رحمه الله: يجوز الشهادة على النسب بشهادة الرجلين العدلين، ولا يجوز عند أبى حنيفة رحمه الله حتى يسمع من العامة، فهمنا يجب أن يكون الجواب على الخلاف أيضًا على قول أبى حنيفة رحمه الله: لا يسعه التعديل بأخبار العدلين حتى يسمع ذلك من العامة، وروى هشام عن محمد رحمه الله: مسألة التعدى بأخبار العدلين، وذكر فيها زيادة، فقال: إذا كان اللذان عدلاه، فإن التعديل وسعه أن يعدله.

وروى إبراهيم عن محمد رحمه الله: رجل عدل عند القاضى، وأنا لا أعرفه إلا أنه وصف لى هل يسعنى أن أزكيه، وقد عرفت أن القاضى زكاه، قال: لايسعك إلا أن تعرفه أنت.

١٤٤١٥- وإذا شهد شاهدان لرجل على رجل بحق، وعدّلهما المعدل بعد موتهما، فالقاضى يمضى شهادتهما، وكذلك لو عدلهما بعد ما غابا، ولو عدلهما بعد ما خرسا أو عميا، فالقاضى لا يقضى بشهادتهما.

والفرق: أن الموت ليس بجرح فى الشاهد، ألا ترى أن أصحاب رسول الله ﷺ بعد موتهم على العدالة، وكذلك من بعدهم، وكذلك الغيبة ليست بجرح فى الشاهد، فأما الخرس والعمى فى معنى الجرح فى الشاهد لو اقترن بالأداء يمنع الأداء فيمنع القضاء أيضًا.

١٤٤١٦- وفى "فتاوى أبى الليث رحمه الله": شاهدان شهدا عند القاضى، والحاكم يعرف أحدهما بالعدالة، ولا يعرف الآخر، فزكاه المعروف بالعدالة قال نصير: لايقبل تعديله، وعن ابن سلمة: روايتان، وعن الفقيه أبى بكر البلخى رحمه الله: فى ثلاثة شهدوا عند الحاكم، وهو يعرف الاثنين بالعدالة، ولم يعرف الثالث، فعدّله الاثنان، قال: يجوز تعديلهما إياه فى شهادة أخرى، ولا يجوز فى هذه الشهادة، وأنه موافق لقول نصير، وبه يفتى.

١٤٤١٧- وفى "النوازل" : إذا سئل المعدّل عن الشاهد، فسكت، فهو جرح ، وهذا ظاهر ؛ لأن الإنسان لا يمتنع لإنسان هو ما هو حسن ، ويمتنع عن إظهار ما هو قبيح ، وهذا هو الظاهر من حال المسلم .

١٤٤١٨- وفيه أيضًا : الشاهد إذا كان فى السر فاسقًا ، وفى الظاهر عدلا ، فأراد القاضى أن يقضى ، فأخبر عن نفسه أنه ليس بعدل ، صحّ إقراره على نفسه ، ولكن لا يسعه ذلك الكلام فى ذلك الوقت ؛ لأنه يتضمن إبطال حق المدعى ، وهتك ستر نفسه .

١٤٤١٩- وإذا سأل القاضى المعدل عن حال الشهود ، فأخبره بما علم من حالهم ، ثم أراد أن يسأل عن غيره ، فلا ينبغى له أن يعلم أنه سأل غيره عن حالهم ؛ لأنه متى أعلم بذلك ، وربما يعتمد الثانى على قول الأول ، فيتهاون بالسؤال ، ولا يبالغ فى التفحّص .

وإذا اختلف أصحاب المسائل فى الجرح والتزكية ، فحاصل الجواب فى هذا الفصل أن المخبر بأحد الأمرين إذا كان مثنى ، والمخبر بالأمر الآخر الواحد ، فالقاضى يأخذ بقول المثنى تزكية كان أو جرحًا ؛ لأن قول المثنى حجة مطلقة يعنى به فى جميع الأحوال ، وقول الواحد : ليس بحجة مطلقًا ، فلا يعارض قول المثنى ، وإن كان من كل واحد من الجانبين ما هو حجة مطلقة بأن كان من اللجانبين مثنى ، فالترجيح للجارح ؛ لأن الجارح مثبت والمعدل نافٍ ، فإنه يقول : لا أعلم فيه إلا خيرًا ؛ ولأن المعدل اعتمد ظاهر الحال ، فإن ظاهر حال المسلم العدالة والجارح وقف على أمر بخلاف الظاهر خفى عن المعدل ، والقاضى إنما يسأل ليقف على خلاف الظاهر ، وذلك فى خبر الجارح .

١٤٤٢٠- وكذلك إذا كان من أحد الجانبين مثنى ، ومن الجانب الآخر غيره رهط ، أو فوقها ، أو دونها ، لكنها فوق المثنى ، كان الترجيح للجارح ؛ لأن المثنى حجة متكاملة ، والزيادة عليها فضل ، ألا ترى أن فى باب المال جعلنا الزيادة على المثنى فضلا كذا ههنا ، وإذا كانت الزيادة على المثنى فضلا ، صار كأن من كل جانب مثنى ، وإن كان من كل جانب رجل واحد ، فالقاضى أعاد المسألة من غيرهما ، هكذا ذكر المسألة فى "الأصل" ، وفى "الأقضية" : إذ ليس من كل جانب حجة ، وتعذر على القاضى الحكم ، فيسأل عن غيرهما رجاء أن ينضم إلى المخبر من أحد الجانبين ما يتم به الحجة ، فيقضى القاضى به ، أو ينضم إلى كل جانب ما يتم به الحجة ، فيترجح الجارح .

١٤٤٢١- وإن استكشف القاضي منهما، يعني من المعدّل الأول ومن الجارح الأول، فيقول للمعدل: بأي سبب عدّلته؟ ويقول للجارح: بأي سبب جرحته؟ فهو حسن؛ لأن أسباب الجرح مما يختلف فيه، فلعل هذا الجارح اعتمد سببًا لا يكون سبب الجرح عند القاضي، والمعدل اعتمد سببًا لا يكون سبب التعديل عند القاضي، فسأل القاضي حتى يعمل فيه برأيه.

ثم ما ذكر من الجواب فيما إذا كان من كل جانب واحد أن القاضي أعاد المسألة عليهما ظاهر على أصل قول محمد رحمه الله؛ لأن العدد في المزكّي شرط عنده، فإذا كان من كل جانب واحد لم يثبت واحد منهما، لا العدالة ولا الجرح، فيتوقف القاضي كشاهد واحد شهد عند القاضي، فإن القاضي يتوقف إلى أن يشهد شاهد آخر، كذا ههنا.

وأما على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله: مشكل؛ لأن عندهما العدد في المزكي ليس بشرط فيتم الحجة من الجانبين، فينبغي أن يكون الجرح أولى، كما لو كان من كل جانب مثنى، عامة المشايخ رحمهم الله على أن المذكور في "الأصل" و "الأقضية" قول محمد رحمه الله، فأما على قولهما: فالجرح أولى، هكذا ذكر في "المنتقى"، وصورة ما ذكر في "المنتقى": إذا زكّى الشهود واحد، وجرحه واحد، قال: أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله الجرح أولى.

وقال محمد رحمه الله: الشهادة موقوفة على حالها، حتى يجرح آخرَ، ويعدّل آخرَ، ومن المشايخ رحمهم الله من قال: ما ذكر في الأصل والأقضية قول الكل، وهذا القائل يقول في المسألة: روايتان عنهما، ويفرّق هذا القائل على قولهما بينما إذا كان من كل جانب واحد، وبينما إذا كان من كل جانب اثنان على رواية الأصل.

ووجه الفرق: أن الاثنين مما يتم بهما الشهادة، فإذا كان من كل جانب اثنين، فقد بلغ كل فريق حد الشهادة، وفي الجرح معنى الإثبات، وفي التعديل معنى النفي والشهادة شرعت للإثبات، لا للنفي، فرجحنا الجرح على التعديل، لهذا أما الواحد مما لا يتم به الشهادة، بل كلامه خبر والنفي والإثبات يستويان في الخبر، فلايمكن ترجيح الجرح، فيستقبل القاضي السؤال استقبالا، فإذا سأل القاضي عن الشهود، وطعن فيهم،

لا ينبغى للقاضى أن يُصرّح للمدعى بأن شهودك جُرّحوا ، بل يقول له : زد فى شهودك ، أو يقول له : لم يحمد شهودك ، ليكون ذلك أقرب إلى الستر ، فإن قال المدعى : أنا آتى بمن يعدّلهم ، ويسمى قومًا يصلحون للمسألة ، فإن القاضى يسمع ذلك منه ويسألهم ، ذكر المسألة فى "العيون" .

وفى "أدب القاضى" : فإن عدلهم ذلك القوم سأل القاضى الطاعنين بما طعنوا فيهم ؛ لأنه يجوز أنهم طعنوا بما لا يصلح وجه الطعن عند القاضى والمدعى ، فإن بينوا ما هو جرح عند الكل ، كان الجرح أولى ، وإن بينوا سببًا لا يصلح للطعن عند القاضى ، لا يلتفت إليهم ، وتقبل شهادة الشهود .

١٤٤٢٢- وكذلك لو عدّلهم المزكى ، فطعن المشهود عليه ، وقال القاضى : أسأل فلانًا وفلانًا ، سمى قومًا صالحين للمسألة يسأل عنهم ، فإن جرحوا وبيّنوا سببًا صالحًا ، فالجرح أولى ، هكذا ذكر فى "العيون" .

١٤٤٢٣- وفى "أدب القاضى" أيضًا : وفى "نوادر ابن سماعة" : قلت لمحمد رحمه الله : إذا سأل القاضى فى السر عن الشهود ، فلم يعدّلوا ، ثم أتاه المشهود له بالمعدلين فى العلانية ، قال لا يقبل ذلك منه ، وهذه الرواية تخالف رواية "العيون" ، وبه يفتى ؛ لأن العبرة لتزكية السر ، ولأن فيه تهمة المواضعة[1] بينهم ، ولأن فى التفحّص عن ذلك إشاعة الفاحشة ، وتهيج العداوة بينهم عسى .

وفى "المنتقى" : عن أبى يوسف رحمه الله : إذا عدّل أن الشاهد فى السر ، فقال المشهود عليه : أنا أجىء بالبينة فى العلانية أنه صاحب كذا وكذا الشىء إذا كان كذلك لا تقبل شهادته ، فإنى لا أقبل ذلك من المدعى عليه إذا عدّل الشاهد فى السر ، أشار إلى أن العبرة لتزكية السر ، وأنه يخالف رواية "العيون" أيضًا .

وفى "نوادر ابن سماعة" : عن محمد رحمه الله أيضًا : قلت لمحمد رحمه الله : أيأمر القاضى المشهود له أن يأتيه من يعدّل شهوده ، قال : لا ، لأن العبرة لتزكية السر ، ولتمكن التهمة فى حق من يعدّل الشاهد بأمر المشهود عليه ، فلعله واضعه على ذلك ، ولا تهمة فى حق مزكى القاضى .

---

(١) هكذا فى م ، وكان فى الأصل وظ : ولتمكن تهمة المواضعة .

١٤٤٢٤- وإذا شهد شاهدان على رجل بمال، فقال المشهود عليه : هما عبدان، وقال الشاهدان : نحن أحرار الأصل، لم نملك قط، فالقاضى لا يقبل شهادتهما، حتى يعلم أنهما حران، روى ابن سماعة : عن محمد رحمه الله عن أبى يوسف رحمه الله : أنه قال : الناس أحرار إلا فى أربعة مواضع : الشهادة والحدود والقصاص والعقل وبنحوه ورد الأثر عن عمر رضى الله عنه.

صورته فى الشهادة ما ذكرنا صورته فى الحد رجل قذف إنسانًا، وزعم القاذف أن المقذوف عبد، فالقاضى لا يحد القاذف، حتى يعلم حريّة المقذوف.

١٤٤٢٥- صورته فى القصاص : رجل قطع يد إنسان، وزعم القاطع أن المقطوعة يده عبد، فالقاضى لا يقطع يد القاطع، حتى يعلم حرية المقطوعة يده، صورته فى العقل : رجل قتل رجلا خطأ، وزعمت العاقلة أن المقتول عبد، فالقاضى لا يقضى على العاقلة بالدية، حتى يعلم حرية المقتول، وهذا كله إذا لم يكن حرية الشاهدين، وحرية المقذوف والمقطوع يده، والمقتول معلومة للقاضى بيقين، بأن كانوا مجهولين فى النسب، ولم يعاين القاضى إعتاقهم من جهة أحد، فأما إذا كانت معلومة للقاضى بيقين، بأن عرف حرية أبويهم من الأصل، أو عرف حريتهم بالإعتاق، فالقاضى لا يلتفت إلى طعنهم؛ لأن عرف كذبهم فى طعنهم بيقين، فإن سأل القاضى عن الشهود، وأخبر المزكون أنهم أحرار الأصل، أجزت شهادتهم ولم أكلفهم البينة.

أشار إلى أن الإخبار عن حرية الشهود[1] يكفى للعمل بالشهادة، هكذا ذكره فى "كتاب الأقضية"، وهذا لأن القاضى لا يحتاج إلى القضاء بالحرية؛ لأن ذلك إنما يكون بعد ثبوت الرق، والرق غير ثابت، وإنما يحتاج إلى ما يعرف به أن شهادتهم حجة، فصارت الحرية كالعدالة، ثم العدالة تثبت بالإخبار، فكذا الحرية.

١٤٤٢٦- وذكر فى شهادات "الأصل" : أن القاضى إذا اكتفى بالأخبار، فحسن، وإن طلب على ذلك بينة فهو أحب وأحسن؛ لأن الحاجة إلى معرفة الحرية فوق الحاجة إلى معرفة العدالة؛ لأن أهلية الشهادة لا يثبت بدون الحرية، ويثبت بدون العدالة؛ ولأن الحرية أخذت شبهًا من أصلين مختلفين من العدالة باعتبار أنها من أسباب

(١) هكذا فى فى ظ وم، وكان فى الأصل : المشهود.

قبول الشهادة، ومن الملك باعتبار أنه يجرى فيها الخصومة، وفيها حق العباد، فلشبهها بالعدالة قلنا بأنها تثبت بمجرد الإخبار، ولشبهها بالملك قلنا: بأن الإثبات بالبينة أولى؛ لأن الحرية يصير مقضيّا بها.

١٤٤٢٧- ولو جاء إنسان وادعى رقّية هذا الشاهد بعد ذلك، لا ذكر لهذه[1] المسألة فى الكتب، قال فخر الإسلام على البزدوى رحمه الله: وفيه شبهة يجب أن لايسمع إذا قام البينة على حريته، ويسمع إذا لم يقم، ثم إن أصحابنا رحمهم الله فرّقوا بين فصل الشهادة، وبينما عداها من الفصول، وهو فصل الحد والقصاص والعقل، فقال فى فصل الشهادة: إذا أخبر المزكون بحرية الشهود، فالقاضى يجيز شهادتهم، ولم يشترط إقامة البينة، وقال فى الفصول الثلاث: القاضى لا يقضى بالحد والقصاص والعقل ما لم تقم البينة على الحرية.

والفرق أن الحرية من أسباب قبول الشهادة، وليست من حقوق العباد التى تدخل تحت القضاء، فكانت كالعدالة، ثم العدالة تثبت بالسؤال، فكذا الحرية، فأما الحد والقصاص والعقل من الحقوق التى تدخل تحت القضاء، فكما لا يمكن إثباتها إلا بالبينة، فكذا أمر الحرية التى لا يجب حد القذف والعقل والقصاص إلا بها لا يمكن إثباتها إلا بالبينة.

هذا إذا قال الشهود: نحن أحرار الأصل، فأما إذا قالوا: كنا عبيد فلان أعتقنا، فالقاضى لا يقضى بشهادتهم حتى يقوم البينة على العتق، بخلاف الفصل الأول، والفرق أنهم إذا قالوا: كنا عبيد فلان، فقد أقروا على أنفسهم بالرق، وإقرارهم حجة عليهم، فثبت الرق عليهم بإقرارهم، فيحتاج القاضى بعد هذا إلى القضاء بالعتق، والقضاء بالعتق لا يكون إلا بالبينة، فأما فى الفصل الأول فالرقّ لم يثبت، فلا حاجة إلى القضاء بالعتق، وإنما الحاجة إلى ما يُعرف به أن شهادتهم هل صارت حجة؟ والتقريب ما ذكرنا.

١٤٤٢٨- وكذلك إذا قال الشهود: نحن أحرار الأصل، وقال المزكون: كانوا عبيدًا لفلان أعتقهم، فالقاضى لا يقضى بشهادتهم حتى تقوم البينة على العتق؛ لأن

(١) وفى الأصل: لا ذكر له لهذه المسألة.

الرق قد ثبت عليهم بإخبار المزكين، فيحتاج القاضى إلى القضاء بالعتق، والتفريق ما ذكرنا.

١٤٤٢٩- وإن أقام المشهود له بينة على المشهود عليه أن فلانًا أعتقهم، وهو يملكهم، وقضى القاضى بعتقهم، كان ذلك قضاء على المولى، حتى لو حضر، وأنكر الإعتاق، لا يحتاج إلى إقامة البينة عليه؛ لأن المشهود عليه انتصب خصمًا عن المولى؛ لأن المشهود له ادعى حرية الشاهد على المشهود عليه، وقد صحّ من هذا الدعوى؛ لأنه لا يتمكن من إثبات حقه على المشهود عليه إلا بها، والمشهود عليه أنكر ذلك، وصح منه الإنكار؛ لأنه لا يتمكن من دفع الشهود عن نفسه إلا بإنكار الحرية.

١٤٤٣٠- والأصل أن من ادعى حقًا على الحاضر لا يتوصل إلى إثباته إلا بإثبات سببه على الغائب ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب، فصار إقامة البينة على المشهود عليه، كإقامتها على المولى الغائب.

١٤٤٣١- وإذا شهد الشهود على رجل بمال أو دم، فطعن فيهم المدعى عليه، فالقاضى لا يقضى بشهادتهم، حتى يسأل عنهم، فإن سأل عنهم، وزكوا فى السر والعلانية، فأراد القاضى أن يقضى بشهادتهم، فقال المشهود عليه: أنا أجرحهم، وأقيم البينة على ذلك، فهذه المسألة على وجهين: الأول: أن يقيم البينة على جُرح مفرد لايدخل تحت حكم الحاكم، وهو أن يقيم البينة على أنهم فَسَقَةٌ أو زُناةٌ، أو على إقرارهم أن المدعى استأجرهم على هذه الشهادة، أو على إقرارهم أنهم قالوا: لا شهادة لنا للمدعى على المدعى عليه فى هذه الحادثة، أو على إقرارهم أنهم قالوا: شهدنا بالزور، أو على إقرارهم أنهم لم يحضروا المجلس الذى كان فيه هذا الأمر، وفى هذا الوجه لا يقبل هذه الشهادة عندنا، خلافًا لابن أبى ليلى والشافعى رحمهما الله.

الوجه الثانى أن يقيم البينة أن الشهود زنوا ووصفوا الزنا، أو يقيم بينة أنهم سرقوا منى كذا، أو شربوا الخمر، أو أنهم شركاء فى المشهود به، أو أنهم صالحوه على كذا درهمًا حتى لايشهدوا عليه، ودفعت ذلك إليهم أو أنهم عبيد، أو محدودون فى القذف، أو على أن المدعى أقر أن الشهود شهدوا بزور أو على أن المدعى أقر أنه استأجرهم على هذه الشهادة، أو على إقراره أنهم لم يحضروا المجلس الذى كان فيه هذا

الأمر .

وفى هذا الوجه القاضى يقبل هذه الشهادة بالاتفاق ، وجه قول ابن أبى ليلى رحمه الله أن هذه شهادة قامت على الجرح ، والمدعى عليه يحتاج[1] إلى إثباته بالبينة ليدفع خصومة المدعى عن نفسه ، فوجب أن يقبل قياسًا على وجهه الثانى .

١٤٤٣٢- ولعلمائنا رحمهم الله فى المسألة طُرق وأصحها وأوضحها ما اختاره القاضى الإمام ساعدا النيسابورى ، والشيخ الإمام شيخ الإسلام خواهر زاده ، والصدر الشهيد رحمهم الله ، وإليه أشار محمد رحمه الله فى كتاب التزكية : أن الشاهد بالشهادة على الجرح المفرد صار فاسقًا ؛ لأنه ارتكب كبيرة ألحق بفاعلها الوعيد فى الدنيا والآخرة بنص القرآن ؛ لأنه أظهر الفاحشة من غير ضرورة ، وإظهار الفاحشة من غير ضرورة حرام بنص القرآن ، قال الله تعالى : ﴿إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ﴾[2] علم أن الشاهد صار فاسقًا ، والمشهود به لايثبت بشهادة الفاسق .

فإن قيل : فى إثبات إظهار الفاحشة ضرورة ، وهى دفع الخصومة عن المدعى ، فصار كالوجه الثانى .

قلنا : لا ضرورة لأنها تندفع بقولهم سرّا للقاضى أو للمدعى من غير أن يظهر ذلك فى مجلس الحكم ، وإذا بخلاف ما لو شهدوا أنهم زنوا ووصفوا الزنا ، أو شربوا الخمر ، أو سرقوا منى ؛ لأن فى إظهار الفاحشة هناك ضرورة ، وهو إقامة الحد ، واسترداد المسروق ، بخلاف ما إذا شهدوا أنهم شركاء فى المشهود به ؛ لأنه ليس فى ذلك إظهار الفاحشة ، فيثبت المشهود به ، وصار الثابت بالبينة كالثابت عيانًا ، بخلاف ما إذا شهدوا أنهم محدودون فى قذف ؛ لأنه ليس فيه إظهار الفاحشة من جانب الشهود ، وإنما فيه حكاية ظهور الفاحشة من غيرهم ، وهم شهود القذف ، أو القاضى والحاكى لإظهار الفاحشة لا يكون مظهرًا لفاحشة ، فلم يصيروا فسقة ، وبخلاف ما إذا شهدوا على إقرار المدعى أنهم فسقة وما شاكله ؛ لأنهم بشهادتهم ما أظهروا الفاحشة إنما حكوا إظهارًا

---

(١) هكذا فى م ، وكان فى الأصل والمدعى على قبله يحتاج . . . إلخ ، وفى ظ : والمدعى قبله يحتاج . . . إلخ .

(٢) سورة النور : الآية ١٩ .

لفاحشة من غيره، وهو المدعى، فلم يصيروا فسقة، وبخلاف ما إذا أقام البينة أنهم صالحوه على كذا، حتى لا يشهدوا عليه، ودفع ذلك إليهم؛ لأنهم وإن أظهروا الفاحشة، كان فيه ضرورة ليصل إلى المال حتى لو قال: لم أعطهم المال لم يقبل؛ لأن فيه إظهار الفاحشة من غير ضرورة.

١٤٤٣٣- ثم المدعى عليه إذا أقام البينة أن شاهد المدعى محدود فى القذف، فالقاضى يسأل الشهود من حده، هكذا ذكر فى حدود الأصل؛ لأن إقامة حد القذف إن حصل من السلطان أو من نائبه، تبطل شهادته، وإن حصل من واحد من الرعايا بغير إذن السلطان، لا تبطل شهادته، فلا بد من السؤال عن ذلك، فإن قالوا: حدَّه قاضٍ، كرره كذا، فالقاضى هل يسأله فى أى وقت حده؟ لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل فى "الأصل".

١٤٤٣٤- وفى "كتاب الأقضية": أن القاضى يسأل ليعلم أنه هل كان قاضيًا فى ذلك الوقت أم لا؟ فإن قال المشهود عليه بحد القذف: أنا أقيم البينة على إقرار ذلك القاضى أنه ما حدّنى، ولم يوقت واحدة من البينتين وقتًا، فإن القاضى يقضى بكونه محدودًا فى القذف، ولا يمتنع القاضى من القضاء بكونه محدودًا فى القذف بسبب بينة الإقرار لوجهين: أحدهما: أن العمل بالبينتين ممكن إذلم يوقت واحد من البينتين، وما يحتمل بينة الإقرار على ما قبل إقامة الحد أنه لم يحده حد القذف، ثم أقام عليه الحد بعد ذلك، ومهما أمكن العمل بالبينتين لاتعطل واحدة منهما، والثانى: أن البينة على الإقرار قامت على النفى من حيث المقصود؛ لأن المقصود من إثبات هذا الإقرار على القاضى نفى شهادة الدين شهدا عليه، لا ثبوت حكم آخر، فكانت هذه البينة باعتبار المقصود قائمة على النفى، والبينة على النفى لاتقبل، فصار وجوده وعدمه بمنزلة.

١٤٤٣٥- فإن كان شهود القذف قد وقّتوا وقتًا، بأن شهدوا أن قاضى بلد كذا حدّه حد القذف سنة سبع وخمسين وأربعمائة[1]، فأقام المشهود عليه البينة أن ذلك القاضى مات سنة خمس وخمسين وأربعمائة، أو أقام البينة أنه كان غائبًا فى أرض كذا سنة سبع وخمسين وأربعمائة، فإن القاضى يقضى بكونه محدودًا فى القذف، ولايلتفت

---

(١) وكان فى الأصل: فى سنة سبع وخمسين.

إلى بينة، ولا يجيء في هذه المسألة الطريقة الأولى التي ذكرناها في المسألة الأولى من إمكان العمل بالبينتين؛ لأن العمل بالبينتين غير ممكن، وإنما تجيء الطريقة الأخرى، وهو أن بينة المشهود عليه من حيث المعنى قائمة على النفي؛ لأن المقصود من إثبات موت القاضي قبل ذلك، ومن إثبات الغيبة نفي شهادة الشهود الذين شهدوا عليه، لا حكم آخر يثبت بالغيبة، فكانت بينة المشهود عليه باعتبار المقصود قائة على النفي، والبينة على النفي غير مقبولة، فصار وجود هذه البينة وعدمه بمنزلة، إلا أن يكون أمرًا مشهورًا في ذلك، فحينئذٍ لا يقضي بكون محدودًا في قذف، ومعنى هذا الكلام أن يكون موت القاضي بأن كان موت القاضي قبل الوقت الذي شهد الشهود بإقامة الحد فيه مستفيضًا ظاهرًا فيما بين الناس، يعرفه كل صغير وكبير، وعالم وجاهل، وكان كون القاضي في أرض كذا في الوقت الذي شهد الشهود بإقامة الحد فيه ظاهرًا مستفيضًا يعرفه كل صغير وكبير، وكل عالم وجاهل، فحينئذٍ لا يقضي بكون الشاهد محدودًا في القذف، ويقضي على المشهود عليه بالمال، وذلك لأن بينة المشهود عليه بالحد على ما أقامها قائمة على النفي، وصار وجودها وعدمها بمنزلة، فبقي بينة المشهود له بالمال على كونه محدودًا في قذف، وأنها قائمة على الإثبات، إلا أن البينة وإن قامت على الإثبات، فإنه يثبت كذب الشاهد فيما شهد به بيقين، كرجل ادعى عبدًا في يد إنسان ادعى أنه ملكه منذ عشر سنين، وشهد الشهود بذلك، والعبد طفل رضيع، فإن الشهادة لا تقبل، وإن قامت على الإثبات؛ لأنها كاذبة بيقين، فكذا ههنا عرف القاضي كذب هذه الشهادة بيقين لما ثبت كونه في أرض كذا في وقت الذي شهدوا بإقامة الحد فيه.

فرق بين هذه المسألة وبينما إذا شهد شاهدان، أن فلانًا طلق امرأته يوم النحر بمكة، وشهد آخران أنه أعتق عبده في ذلك اليوم بعينه بالكوفة، فإن القاضي لا يقضي بواحدة من البينتين، وههنا لو شهد شاهدان على الشاهد[1] أن قاضي الكوفة حدّه يوم النحر من سنة كذا بكوفة، وأقام المشهود عليه بينة أنه يوم النحر من سنة كذا تلك السنة كان بمكة، فإن القاضي يقضي ببينة الحد، ولا يلتفت إلى البينة الأخرى.

والفرق بينهما أن كلتا البينتين في مسألة الطلاق والعتاق قامت في محلها، فإن كل

---

(١) هكذا في الأصل، وما كان في بقية النسخ.

واحدة منهما قامت على الإثبات، فكانت كل واحدة من البينتين معارضة للأخرى، وإحداهما كاذبة، وليست إحداهما بعينها، بأن يجعل صادقة والأخرى كاذبة بأولى من الأخرى، فتهاترتا، فأما ههنا ببينة المشهود عليه على الموت والغيبة قامت على النفى باعتبار المقصود، وأنها على النفى ليست بحجة، فصار وجودها وعدمها بمنزلة، ولو عدم وجب القضاء بالأولى؛ لأنه لا معارض لها، فكذا ههنا.

١٤٤٣٦- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله: رجل ادعى دارًا فى يدى رجل، وأقام على ذلك شهودًا، وأقام المشهود عليه شهودًا أن هذا الشاهد كان يدعيها، ويزعم أنها له، فهذا جرح إن عدّلت بينة بذلك، وكذلك لو أقام بينة أن الشاهد كان يدعى الشركة فيها -والله أعلم بالصواب، وإلى المرجع والمآب-.

الفصل الثانى والعشرون
فيما ينبغى للقاضى أن يضعه على يدى عدل، وما لا يضعه

١٤٤٣٧- وإذا ادعت المرأة الطلاق على الزوج، وجاءت بشاهد واحد، وطلبت من القاضى أن يضعها على يدى عدل، حتى يأتى بالشاهد الآخر، ينظر إن كان الطلاق رجعيّا لا يحول بينها وبين الزوج؛ لأن الطلاق الرجعى لا يزيل النكاح، ألا ترى أنها لو أقامت شاهدين على الطلاق الرجعى، فالقاضى لا يحول بينها وبين الزوج، فههنا أولى، وإن كان الطلاق بائنًا إن قالت المرأة: شاهدى الآخر غائب، وليس فى المصر، فكذلك الجواب لا يحول بينها وبين الزوج؛ لأن فى الحيلولة بينها وبين الزوج إزالة يد الزوج، واليد مقصودها للملك، فكما لا يزال شهادة الواحد ملك الإنسان، فكذا لا يزال يده بشهادة الواحد.

وإن قالت: شاهدى الآخر فى المصر إن كان الشاهد الحاضر فاسقًا، فكذلك الجواب لا يحال بينها وبين زوجها؛ لأن شهادة الفاسق ليست بحجة أصلا، لا فى حقوق الله تعالى، ولا فى حقوق العباد، فصار وجودها والعدم بمنزلة، فأما إذا كان عدلا فالقاضى[1] يؤجلها ثلاثة أيام، وإن حال بينها وبين زوجها، فحسن، هكذا ذكر فى "الأصل"، وذكر فى الجامع بخلافه، وسيأتى بيانه بعد هذا -إن شاء الله تعالى- أما يؤجله ثلاثة أيام؛ لأنه لا يمكن لكل مدعٍ إحضار شهوده جملة فى أول المجلس، ولا بعد يوم، ولا بعد يومين، ويمكنه الإحضار بعد أيام، فقدرنا بالثلاثة على ما عُرف.

أما الحيلولة بطريق الاستحباب لأن إيقاع الطلاق البائن يوجب تحريم الفرج، وإزالة ملك الزوج، وشهادة الواحد إذا كان عدلا حجة فى حقوق الله تعالى، وليست بحجة فى حقوق العباد، فاعتبار حق الله تعالى يوجب الحيلولة، واعتبار حق الزوج لا يوجب، فاستحب الحيلولة، ولم يوجب إذا كان الشاهد الآخر فى المصر؛ لأنه متى كان

---

(١) هكذا فى الأصل و "م"، وفى حاشية "ظ"، وكان فى متن "ظ": قال فى الأصل مكان "فالقاضى".

فى المصر لاتطول مدة الحيلولة ، ولا يتضرر الزوج بها كثير ضرر .

فأما إذا كان غائبًا ، فمدة الحيلولة تطول ، وتكثر الضرر على الزوج ، فاعتبر حق الزوج فى هذه الحالة ، ولم يعتبر حق الله تعالى ، وإذا كان مدة الحيلولة لا تطول يراعى الحقان بقدر الممكن ، فقال : إن حال بينهما كان حسنًا .

فأما إذا أقامت شاهدين شهدا على الطلاق البائن ، أو على الطلقات الثلاث ، لم يذكر هذا الفصل فى الأصل ، وذكر فى "الجامع" : أن القاضى يمنع الزوج عن الدخول عليها والخلوة معها ما دام مشغولا بتزكية الشهود ، وهذا استحسان ، والقياس أن لا يحول بينهما ؛ لأنها امرأته بعد .

وجه الاستحسان : أن الشهود يحتمل أن يكونوا صدقة ، وعلى هذا التقدير يجب المنع ، ويحتم لأن لا يكون صدقة ، وعلى هذا التقدير لا يجب المنع ، فوجب المنع احتياطًا لأمر الفرج ، ولا يخرجها القاضى من منزل زوجها ؛ لأنا تيقنا بحرمة إخراجها ؛ لأنها منكوحة أو معتدة ، وأيّا ما كانت يحرم إخراجها ؛ ولكن يجعل القاضى معها امرأة أمينة تمنع الزوج من الدخول عليها ، وإن كان الزوج عدلا فرق بين هذا وبينما إذا طلق امرأته ثلاثًا ، ومنزله ضيق ، فجعل بينهما سترة ، أو حائلا يكتفى به ، ولا يحتاج إلى امرأة أمينة إذا كان الزوج عدلا .

والفرق بينهما أن الزوج فى مسألتنا ينكر الحرمة ، ويستحلها ، والعدل لا يمتنع عما[1] يستحله بدينه ، أما فى تلك المسألة الزوج يعتقد الحرمة ، فلا يخاف عليها إذا كان عدلا ، ونفقة الأمينة على بيت المال ؛ لأنها مشغولة بمنع الزوج عن الدخول عليها حقّا لله تعالى ، فتكون نفقتها فى مال الله تعالى ؛ لأنها عاملة لله تعالى احتياطًا لأمر الله تعالى ، ومال الله تعالى مال بيت المال .

١٤٤٣٨- قال فى "الجامع" : وكذلك إذا شهد شاهد واحد عدل ، فالقاضى يمنع الزوج عن الدخول عليها استحسانًا ، وأنه يخالف ما ذكر فى "الأصل" ، فقد ذكر فى "الأصل" فى هذه الصورة : أن القاضى إن حال بينهما ، فهو حسن .

ثم قال : فإن زكّيت الشهود فرّق بينهما وإلا ردّت المرأة على الزوج ، فإن طالت

---

(١) وفى الأصل : "مما" مكان "عمّا" .

المدة وطلبت من القاضى أن يفرض لها النفقة، أو كان لها نفقة مفروضة لكل شهر، فالقاضى يفرض لها النفقة، ويأمر الزوج بإعطاء المفروض، ولكن إنما يفرض لها نفقة مدة العدة لا غير لأنها إن كانت مطلقة، فهى معتدة، فلها نفقة العدة، وإن لم تكن مطلقة، فهى منكوحة ممنوعة من الزوج، لا لمعنى من جهة الزوج، وهذا يوجب سقوط النفقة، ولكن النفقة كانت واجبة، فوقع الشك فى سقوطها، فلا يسقط بالشك إلا أن هذا الشك فى مقدار نفقة العدة، فأما الزيادة على نفقة العدّة، فقد تيقنا بسقوطها، فإذا أخذت قدر نفقة العدة إن عدلت الشهود سلم لها ما أخذت؛ لأنه تبين أنها استوفت نفقة العدة، وهى حقها، وإن ردت الشهادة وردت المرأة على زوجها، رجع الزوج عليها بما أخذت؛ لأنه تبين أنها كانت منكوحة ممنوعة عن الزوج، لا لمعنى من جهة الزوج، فتبين أنها ما كانت مستحقة للنفقة، وأن القاضى أخطأ فى قضاءه، وأنها أخذت ما أخذت بغير حق.

١٤٤٣٩- قال محمد رحمه الله فى عتاق "الأصل": وإذا ادعى العبد أو الأمة العتق[1] على مولاه، وليس لهما بينة حاضرة، فإنه لا يحال بينهما وبين المولى؛ لما ذكرنا أن فى الحيلولة إزالة اليد، واليد حق مقصود كالملك، فكما لا يجوز إزالة ملك الإنسان بمجرد الدعوى، فكذا لا يجوز إزالة يده بمجرد الدعوى.

وإن أقاما شاهدًا واحدًا، فإن قالا: لا الشاهد الآخر غائب عن المصر، فكذلك الجواب؛ لما قلنا: فى الطلاق، وإن قالا: الشاهد الآخر حاضر فى المصر، فإن كان هذا الشاهد الذى أقاما فاسقًا، فكذلك الجواب؛ لما قلنا: فى الطلاق، وإن كان عدلا ذكر أنه لا يحال بينهما أيضًا، وهذا الذين ذكر صحيح فى حق العبد، أما فى حق[2] الأمة ينبغى أن يقال: إن حال بينهما، فحسن على رواية "الأصل"، وعلى رواية "الجامع": يُحال بينهما على ما ذكرنا فى الطلاق، وهذا[3]، لأن عتق الأمة يتضمن حرمة الفرج كالطلاق، فكان الجواب فى عتق الأمة نظير الجواب فى طلاق المرأة.

---

(١) وفى "م": العتاق.

(٢) لفظ "حق" موجود فى الأصل فقط.

(٣) وفى الأصل: وعلى هذا.

وأما إذا أقاما شاهدين مستورين يحال بينهما جميعًا إلى أن تظهر عدالة الشهود؛ لأن شهادة المستورين حجة في حق الله تعالى والعباد، ألا ترى أن القاضي لو قضى بشهادتهما بظاهر العدالة ينفذ قضاءه بالإجماع، فتجوز إزالة يد المولى بشهادتهما، وهذا الجواب في الأمة يجري على إطلاقه؛ لأن[1] في الأمة يحال بشهادة الواحد، إذا لم يكن الشاهد فاسقًا، فبشهادة المستورين أولى، وفي العبد محمول على ما ذا كان المولى مخوفًا عليه يخاف منه الاستهلاك، وتغيب العبد، وكان معروفًا بذلك، فأما إذا لم يكن بهذه الصفة لا يُحال بينه وبين العبد، وإنما يؤخذ منه كفيل بنفسه، وبنفس العبد، ثم طريق الحيلولة في الأمة الوضع على يدي امرأة ثقة، والأمة تخالف الامرأة الحرة، فإن هناك طريق الحيلولة أن يجعل معها امرأة ثقة، ولا يخرجها من بيت الزوج.

١٤٤٠- والفرق: إن وضع الحرة على يدى العبد غير مفيد؛ لأنه لا يثبت للحر يد على الحرة إلا بالنكاح، ولا نكاح، فإذا لم يُفد لم يوضع، أما ههنا إن كانت البينة كذبة كانت هي أمة، ووضع الأمة على يد الحر مفيد؛ لأنه يثبت للحر يد على الأمة بدون النكاح، فلهذا وضعنا.

ثم في فصل الأمة، وفي فصل الطلاق، قال: بالحيلولة وإن كان الزوج والمولى عدلا[2]، هكذا ذكر في "الأصل" و"الجامع"، وفي "المنتقى": قال إنما يوضع الجارية على يد العدل إذا لم يكن المدعى عليه مأمونًا يخاف على الجارية أن يجامعها، فأما إذا كان مأمونًا ثقة، والقاضي يعرفه بذلك أمره أن يعتزلها، ثم قال: وكذلك إذا أقامت المرأة بينة على طلاقها، فإذا وضعت الجارية على يدى العدل، وطلبت من القاضي النفقة، فالقاضي يأمر المولى بالإنفاق عليها؛ لأن نفقتها كانت واجبة على المولى، ووقع الشك في سقوطها إن كانت البينة صدقة يسقط نفقتها، وإن كانت كذبة لا تسقط نفقتها، وإن صارت ممنوعة عن المولى؛ لأن نفقة المملوك لا تسقط عن المولى، وإن كانت ممنوعة عنه، فلا تسقط نفقتها بالشك.

وإن أخذت نفقتها شهرًا، ثم لم يزك الشهود، وردت الأمة على مولاها، لايرجع

---

(١) وفي الأصل: ولأن.

(٢) وفي الأصل: عدلان.

المولى عليها بما أنفق، بخلاف المسألة التى تقدم ذكرها، فإن هناك إذا لم يزك الشهود، وردّت المرأة على الزوج؛ فإنه يرجع عليها بما أنفق.

والفرق أن نفقة الملك إنما يجب باعتبار الملك نفسه، وملك المولى باقٍ فى هذه الحالة، وأما نفقة المرأة إنما تجب إذا لم تصر ممنوعة عن الزوج لا لمعنى من جهة الزوج، وقد تبين أنها صارت ممنوعة عن الزوج لا لمعنى من جهة الزوج، وإن زكيت البينة، فإن أنفق المولى عليها على وجه التبرع أو أكلت فى بيت المولى، فلا رجوع له عليها، كما فى سائر التبرعات، وإن أجبر القاضى المولى على ذلك يرجع عليها بخلاف الطلاق.

والفرق: أن هناك الاستحقاق بحكم الملك، وتبين أنه لا ملك، وثمّة الاستحقاق بالاحتباس بحق الزوج، وتبين أنها محبوسة بحق الزوج فى العدة.

١٤٤٤١- وفى "المنتقى": يقول: فيما إذا زكيت البينة وأعتقها القاضى، فإن قال المدعى عليه: قد كنت أنفق عليهما، كما أنفق على عبدى، فهو متطوع، وإن قال: دفعت ذلك إليهما قرضًالهما على أنهما حران، رجع عليهما بالكسوة والدراهم، ولا يرجع عليهما بالطعام، ولا أستحسن أن يرجع بالطعام.

١٤٤٤٢- وإن كان الشاهدان على عتق العبد والأمة فاسقين، فلا شك أن فى الأمة يحال بينهما وبين المولى؛ لأن فى الأمة يحال بشهادة الشاهد الواحد إذا كان عدلا مع أنها ليست بحجة فى حقوق العباد فلأن يحال بشهادة الفاسقين، وشهادتهما حجة فى حقوق العباد، حتى لو قضى القاضى بشهادة الفاسق على تحرّى أنه صادق ينفذ قضاءه، أولى.

وأما فى العبد ففيه اختلاف الروايات، ذكر فى بعض الروايات أنه يحال؛ لأنهما حجة القضاء فى الجملة، فكانا بمنزلة المستورين، وفى المستورين يحال فى العبد إذا كان المدعى عليه ممن يخاف على العبد، وإن كان ممن لا يخاف عليه، يكتفى بأخذ الكفيل على ما بينا، فكذا بشهادة الفاسقين، وفى رواية لا يحال؛ لأن زيادة العدد يقام مقام العدالة، فيصير الفاسقان بسبب زيادة العدد كشاهد واحد عدل، وبشهادة واحد عدل لا يجب الحيلولة فى العبد.

١٤٤٤٣- أمة فى يدى رجل ادعاها رجل أنها له، وأقام على ذلك شاهدين

لا يعرفهما القاضى ، فالقاضى يخرجهما عن يده ، ويضعها على يدى عدل لما مر .

١٤٤٤٤- ولو طلبت النفقة وأمر القاضى المشهود عليه بالإنفاق ، ثم لم يزكّ الشهود ، ردّت الجارية على المولى ، فالمولى لا يرجع بما أنفق على أحد ، وإن زكّيت الشهود ، وقضى القاضى بالجارية للمدعى ، لم يكن للمشهود عليه أن يرجع على المدعى ؛ لأنه أنفق على جارية بغير إذنه ، وهل يرجع بذلك على الجارية؟ على قول أبى حنيفة رحمه الله : لا يرجع ، وعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله : يرجع ، ويكون ذلك دينًا على ذمة الجارية ، تباع فيه الجارية ، إلا أن يفديها المقضى له ؛ لأنه لما قضى بها للمدعى ظهر أن المدعى عليه كان غاصبًا فى حال ما أنفق عليه ؛ لأنها فى يد العدل ، ويد العدل يد المدعى عليه ، ولهذا لو هلكت فى يد العدل ضمن المدعى عليه قيمتها ، فتبين أنها استهلكت شيئًا من مال الغاصب ، ومن أصل أبى حنيفة رحمه الله : أن جناية المغصوب على مال الغاصب هدر ، كجناية المملوك على مالكه ، وعندهما معتبرة كالجناية على الأجنبى ، وهى من مسائل الديات .

١٤٤٤٥- عبد فى يدى رجل ادعاه رجل أنه عبده ، وأقام على ذلك شاهدين لا يعرفهما القاضى ، لم يؤخذ من يد المدعى عليه ؛ لأن الأخذ من يده والوضع على يدى عدل فى فصل الأمة إنما كان صيانة للفرج ، وأنه معدوم ههنا ، ولكن يأخذ القاضى كفيلا من المدعى عليه بنفسه ، وكفيلا بنفس العبد ، أما أخذ الكفيل بنفس العبد ؛ لأن المدعى استحق القضاء بالعبد عند تزكية الشهود ، والإشارة إلى العبد أمر لا بد منها لصحة القضاء ، فلو لم يؤخذ كفيل بالعبد ربما يغيب العبد ، فيعجز القاضى عن القضاء بالعبد .

وأما أخذ الكفيل بنفس المدعى عليه كيلا يغيب ، فإن القضاء لا يجوز على الغائب ، ثم يأمر القاضى المدعى عليه أن يجعل الكفيل بنفسه وكيلا بالخصومة حتى أنه إذا غاب ولم يقدر الكفيل على إحضاره ، فالمدعى يخاصم الكفيل ، ويقضى القاضى عليه ، ولكن إن أبى المدعى عليه أن يجعله وكيلا ، فالقاضى لا يجبره ، بخلاف ما إذا أبى إعطاء الكفيل حيث يجبر عليه ، وإن لم يجد المدعى عليه كفيلا ، فالقاضى يقول للمدعى : الزم المدعى عليه والعبد ، وإن كان المدعى لا يقدر على ذلك ، وكان المدعى عليه مخوفًا على ما فى يده بالإتلاف ، فرأى القاضى أن يضع العبد على يدى عدل يضعه

صيانة لحق المدعى، وكذلك إذا كان المدعى عليه فاسقًا معروفًا بالفجور مع الغلمان، فالقاضي يضعه على يدى عدل بطريق الأمر بالمعروف، ولكن هذا لا يختص بالدعوى والبينة، بل في كل موضع كان صاحب الغلام معروفًا بالفجور مع الغلمان، يخرجه القاضي عن يده، ويضعه على يدى عدل بطريق الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر.

ثم إذا وضعه على يدى عدل، أمره أن يكسب، وينفق على نفسه إذا كان قادرا على الكسب، ولم يذكر مثل هذا في الأمة؛ لأنها عاجزة عن الكسب عادة، حتى لو كانت الأمة قادرة على الكسب، بأن كانت غسّالة معروفة بذلك أو خبّازة، تؤمر بالكسب أيضًا، ولو كان العبد عاجزًا عن الكسب لمرضه أو صغره، يؤمر المدعى عليه بالنفقة، فإذا لا فرق بين الأمة وبين العبد، هكذا حكى عن الفقيه أبي بكر البلخي وأبي إسحاق الحافظ رحمهما الله.

١٤٤٤٦- وفي "نوادر ابن سماعة" عن أبي يوسف رحمه الله: رجل ادعى جارية في يدى رجل أنها له، وأقام على دعواه بينة، وزكيت بينته، وقد كان القاضي وضعها على يدى عدل، وهرب المدعى عليه، قال: أمر الذى هي على يديه يعنى العدل أن يؤاجرها، وينفق عليها من أجرها، فإن كان لا يؤاجر مثلها، أمرته أن يستدين بالنفقة عليها، فإذا حصل اليأس من صاحبها أمرت ببيعها، فبدأت من الثمن بالدين، فأديته ودفعت الباقي من الثمن، فإذا جاء الذى كانت في يديه، قضيت عليه بقيمة الجارية؛ لأني بعتها على الذى كانت في يده، فإن كانت على المقضى عليه دين، فمستحق الجارية أحق بهذا الثمن من الغرماء؛ لأنها بمنزلة الرهن، حين وضعها القاضي على يدى عدل.

١٤٤٤٧- دابة أو ثوب في يدى رجل ادعاه آخر، وأقام بينة، وطلب المدعى من القاضي أن يضعه على يدى عدل، لم يجبه القاضي إلى ذلك؛ لأن فيه قصر يد المدعى عليه من غير حجة، فلا يشتغل القاضي به إلا بضرورة، ولا ضرورة في هذه الأشياء على ما مر في العبد، ولكن القاضي يأخذ من المدعى عليه كفيلا بنفسه، وبما وقع فيه الدعوى، ويجعل الكفيل بالنفس وكيلا بالخصومة إذا طلب نفس المدعى عليه، وقد مر هذا، ولا يجبر ذو اليد على نفقته عندنا، بخلاف الرقيق، والفرق في موضعه قد عرف.

١٤٤٤٨- وإن قال المدعى عليه: لا كفيل لي، قيل للمدعى: إلزم المدعى عليه،

والمدعى به آناء الليل والنهار لتصون به حقك ، فإن كان الذى فى يده فاسقًا مخوفًا على ما فى يده ، وأبى أن يعطيه كفيلا ، وكان المدعى لا يطيق على الملازمة[١] ، فالقاضى يقول للمدعى : أنا لا أجبر المدعى عليه على أن ينفق على الدابة ، لكن إن شئت أن أضعها[٢] على يدى عدل ، فأنفق عيها ، وإلا لا أضعها ؛ لأن المقصود من الوضع على يدى العدل صيانة حق المدعى ، وهو القضاء له بالدابة[٣] متى زكيت شهوده ، وهذا المقصود يفوت متى أبى المدعى الإنفاق ؛ لأن المدعى عليه لايجبر على إنفاقه .

وإن كان هو المالك فى الظاهر ، فلو لم ينفق المدعى على الدابة تتلف الدابة ، فلا يحصل مقصود المدعى من الوضع على يدى العدل .

١٤٤٤٩- وفى "المنتقى" : رجل ادعى لؤلؤة فى يدى رجل ، وأقام شاهدين ، وسأل وضع اللؤلؤة على يدى العدل ، فإن لم يعدّل شاهدًا ، أقام شاهدين آخرين ؛ لأنه كان يتخوف أن يهبها ، ولا يشهد شهوده إلا بالمعاينة ، فإنى أستحسن أن أضعها[٤] على يدى عدل ، وكذلك فى كل شيء يحول من مكانه ، ويخاف على أن يغيبه ، فإن كانت جارية أو دابة ، فنفقتها عليه ، يعنى على المدعى عليه ، وإن كان مثلها يؤاجر أجّرتها ، أو أمرت العدل أن يؤاجرها .

١٤٤٥٠- قال هشام : سألت محمدًا رحمه الله عن رجل فى يده رطب ، أو سمك طرى ، أو ما أشبه ذلك ، فادعاه إنسان أنه له ، وقدمه إلى القاضى ، وهو مما يفسد إن تركه ، وقال المدعى : بينتى فى المصر أحضرهم ، قال : لا أوقف إلى ذلك ، ولكن أقول له ، يعنى للمدعى : إن شئت أحلفه على دعواك ، فإن حلف لم يكن لك منعه ، وإن قال : أنا أحضر البينة[٥] يعنى اليوم ، فإنى أؤجله إلى قيام القاضى ، وأقول للمدعى

---

(١) حرف على زيدت من م ، وكان فى الأصل : لا يطيقه بالملازمة .

(٢) وفى ظ : أضعتها .

(٣) وكان فى متن م : بالعبد ، وفى الحاشية : بالدابة ، وكذا فى بقية النسخ .

(٤) هكذا فى الأصل وم ، وكان فى ظ : يضعها .

(٥) وكان فى الأصل : أحضر البينة ، ثم جحده البائع ، وأقام المشترى على ذلك شاهدين ، أو شاهدًا واحدًا واحتاج يعنى اليوم .

عليه : لا يبرح إلى قيامه ، فإن فسد الشىء فى ذلك الوقت لا يضمن المدعى بحبسه عليه .

١٤٤٥١ - عمرو بن أبى عمرو عن محمد رحمه الله : رجل اشترى من آخر سمكًا ، أو لحمًا طريًا ، أو فاكهة ، أو ما أشبه ذلك مما يتسارع إليه الفساد ، ثم جحده أحدهما ، وادعاه الآخر ، وأقام على ذلك بينة ، واحتاج القاضى إلى أن يسأل عن الشهود ، فقال الجاحد : هذا يفسد إن ترك ، حتى يسأل عن الشهود ، قال : إن كان شهد للمدعى شاهد واحد ، وقال : الشاهد الآخر حاضر ، أجّل فى شهادة الآخر ما لم يخف الفساد ، فإن أحضر شاهده الآخر ، وإلا خلّى بينه وبين البائع ، ونهى المشترى أن يتعرض له .

ولو كان أقام شاهدين ، أمر البائع بدفعه إلى المشترى إذا خيف عليه الفساد ، فإذا قبضه المشترى أخذه القاضى ، وأمر أمينًا ببيعه ، وقبض ثمنه ، ووضع الثمن على يدى عدل ، فإن زكيت البينة قضى للمشترى بالثمن ، وأمر العدل بدفع الثمن إلى الذى شهدت له الشهود ، وإن لم يزك البينة سلم القاضى ذلك الثمن الذى على يدى العدل إلى البائع .

ذكر شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله : إذا كان المدعى به منقولا ، وطلب المدعى من[1] القاضى أن يضعه على يدى عدل ، ولم يكتف بإعطاء المدعى عليه كفيلا بنفسه وبنفس المدعى به ، فإن كان عدلا ، فالقاضى لا يجيبه ، وإن كان فاسقًا أجابه ، وفى العقار لا يجيبه إلا فى الشجر الذى عليه ثمر ؛ لأنه نقلى .

١٤٤٥٢ - وفى " أدب القاضى " للخصاف رحمه الله فى باب ما لا يضعه القاضى على يدى عدل إذا قالت المرأة للقاضى : لستُ آمن على نفسى من زوجى أن يقربنى فى حالة الحيض ، فضعنى على يدى عدل ، فالقاضى لا يلتفت إلى ذلك .

١٤٤٥٣ - وإذا ادعى على امرأة كبيرة نكاحًا ، وهى تجحد ، فأقام بينة عليها ، ويسأل من القاضى أن يضعها على يدى عدل حتى يسأل عن شهوده ، فالقاضى لا يفعل ذلك فى هذا الباب .

وكذا الجارية البكر ، إذا كانت فى منزل أبيها ، جاء رجل وادعى نكاحها ، فالقاضى

---

(١) وفى م عن .

لايضعها على يدى عدل؛ لأنه لا تهمة هنا فى هذا الباب أيضًا .

١٤٤٥٤- وفى باب المهايأة فى "كتاب الصلح" : أمة بين رجلين، خاف كل واحد منهما صاحبه عليها، وقال أحدهما : تكون عندك يومًا وعندى يومًا، وقال الآخر : لا، بل نضعها على يدى عدل، فإنى أجعلها عند كل واحد منهما يومًا، ولا أضعها على يد عدل .

قال مشايخنا رحمهم الله : ويحتاط فى باب الفروج فى جميع المواضع نحو العتق فى الجوارى والطلاق فى النساء فى الشهادة وغير ذلك، إلا فى هذه المواضع، فإنه لا يحتاط لحشمة ملكه، وهو نظير ما لو أخبر القاضى أن فلانًا يأتى جواريه فى غير المأتى، ويستعملهن فى الغناء، ويطأ زوجته فى حالة الحيض، وأمته من غير استبراء، لا يكون للقاضى عليه سبيل لحشمة ملكه، كذا هنا -والله أعلم بالصواب- .

الفصل الثالث والعشرون
في الرجلين يحكمان بينهما حكمًا

يجب أن يعلم بأن التحكيم جائز، ثبت جوازه بقوله تعالى: ﴿فَابعَثُوا حَكَمًا مِن أهلِهِ وَحَكَمًا من أهلِهَا﴾[١]، وبما روى عن رسول الله ﷺ: أنه أنزل بنى قريظة على حكم سعد بن معاذ[٢]، وبأثر عمر وعلى رضى الله عنهما.

وشرط جوازه أن يكون الحكم من أهل الشهادة؛ لأن الحكم بين المحكمين بمنزلة القاضى المولى فى حق الكل، وإنما يصح تقليد القضاء لمن صلح شاهدًا، فكذا ههنا.

ويشترط أن يكون أهلا للشهادة وقت التحكيم ووقت الحكم جميعًا، حتى إنه إذا لم يكن أهلا للشهادة وقت التحكيم، وصار أهلا للشهادة وقت الحكم، بأن كان وقت الحكم[٣] عبدًا فأعتق، وحكم لا ينفذ حكمه، هكذا ذكر صاحب "الأقضية" فى "الأقضية"، والشيخ الإمام شيخ الإسلام رحمه الله فى "شرح كتاب الصلح"، وهذا لما ذكرنا أن الحكم فيما بين المحكمين بمنزلة القاضى المولى فى حق الكل، ثم أهلية الشهادة وقت التقليد ووقت القضاء فى حق القاضى المولى شرط لصحة التقليد، فكذا ههنا، وقد ذكرنا مسألة العبد فى فصل التقليد والعزل، بخلاف هذا.

وشرط أن يكون التحكيم فيما يملك المحكم إقامته بنفسه؛ لأن ولاية الحكم بحكم التحكيم، فيقتصر على ما يملك المحكم فيه إقامته بنفسه، وحكم هذا الحكم يفارق حكم القاضى المولى من حيث إن حكم هذا الحكم إنما ينفذ فى حق الخصمين، ومن رضى بحكمه، ولا يتعدى إلى من لم يرضَ بحكمه، وجعل فى حق من لم يرضَ بحكمه كأنه حكم واحد من الرعايا، بخلاف القاضى المولى.

---

(١) سورة النساء: الآية ٣٥.

(٢) ذكره ابن حجر فى "الاستيعاب" (١/ ٩٧).

(٣) هكذا فى الأصل.

١٤٤٥٥- ذكر ابن سماعة فى "نوادره" عن محمد: فى رجلين حكمًا بينهما حكمًا فى خصومة، قال: لا يجوز حكم من لا تجوز شهادته له، لا عبد، ولا صبى، ولا محدود فى قذف، ولا ذمى، فقد ذكرنا أن من شرط جواز التحكيم أن يكون الحكم من أهل الشهادة، وهؤلاء لا يصلحون شهودًا، فلا يصلحون حكمًا، وكما لا يصح التحكيم للحال لا يصح مضافًا أيضًا، حتى لو عتق العبد، أو بلغ الصبى، أو أسلم الذمى وحكم، لا ينفذ حكمه.

فرق بين هذا، وبينما إذا وكّل العبد رجلا بالشراء حيث تصح الوكالة مضافًا إلى ما بعد العتق، وإن كان لا يصح للحال، والفرق أما على قول أبى يوسف رحمه الله: فلأن عنده إضافة التحكيم إلى وقت فى المستقبل لا يصح، فلايمكن تصحيحًا مضافًا عند تعذر تصحيحه للحال، وأما على قول محمد رحمه الله: فلأن عنده إضافة التحكيم إلى وقت فى المستقبل، وإن كانت صحيحة إلا أن التحكيم ههنا حصل مرسلا، والمرسل لا يصير مضافًا أصلا، ألا ترى أنه لو قال لها: أنت طالق، ونوى الإضافة إلى الغد، لا يصح.

ولا يقول: إن الوكالة تصح باعتبار الإضافة، بل تصح باعتبار الحال؛ لأن العبد من أهل الشراء، ولذا لو اشترى يجوز شراءه إلا أن الشراء يتوقف على إجازة المولى والمأمور من أهل الشراء أيضًا، فصح الأمر من العبد بالشراء للحال، إلا أنه يتوقف نفاذه إلى ما بعد العتق لمانع، وهو أن العبد ليس من أهل أن يلزمه حكم الشراء، فأما تحكيم العبد فى الحال لم يصح؛ لأن العبد ليس من أهل الحكم.

فرق فى العبد بين هذه الصورة، وبينما إذا تحمل الشهادة وهو عبد، ثم عتق، حيث يجوز له أن يشهد، وإن حصل التحمل حال عدم الأهلية، والفرق: أن التحمّل بحصول العلم والعبد فى حق حصول العلم له بالسماع، أو بالمعاينة والحر سواء، فصحّ التحمّل، وإذا صح التحمّل أمكنه الأداء عند صيرورته أهلا للأداء بالحرية، فأما التحكيم أمر بالقضاء، والأمر لطلب المأمور به، وإنما يصح طلب الشىء ممن يتصور منه بذلك الشىء للحال، والقضاء من العبد لا تصور له فى الحال؛ لأنه ليس من أهل القضاء للحال، وإذا لم يصح الأمر، صار وجوده والعدم بمنزلة.

قياس مسألة التحمّل من مسألتنا أنه لو وقع الخلل فى التحمل، حتى لم يقع للعبد العلم بسبب التحمل، وهناك لو أراد أداء الشهادة بذلك التحمل بعد العتق لم يقدر عليه، ولو حكمًا أعمى، أو فاسقًا فى "الأقضية" : أنه لا يجوز، وهذا الجواب فى حق الفاسق مستقيم على الرواية التى قال : إن الفاسق لا يصلح قاضيًا، أما على الرواية التى قال : يصلح قاضيًا، لكن غيره أولى يصلح حكمًا من الطريق الأولى.

قال فى "الأقضية" : ويجوز أن يجعلا بينهما امرأة، يعنى يجوز إذا حكما بينهما امرأة، وأراد به فيما سوى الحدود والقصاص؛ لما ذكرنا أن التحكيم ينبنى على الشهادة، والمرأة تصلح شهادة فيما سوى الحدود والقصاص فتصلح حكمًا، وقال أبو يوسف رحمه الله : لايجوز التحكيم معلقًا بالأخطار، ولا مضافًا إلى وقت فى المستقبل، وقال محمد رحمه الله : يصح صورة التعليق إذا قال لعبد : إذا أعتقت، فاحكم بيننا، أو قالا لرجل : إذا أهل الهلال، فاحكم بيننا.

١٤٤٥٦- صورة الإضافة : إذا قالا لرجل : جعلناك حكمًا غدًا، أو قال : رأس الشهر، فوجه قول محمد رحمه الله : إن التحكيم تولية وتفويض؛ لأن كل واحد من الخصمين بالتحكيم يفوض إلى الحكم ما كان يملك فعل ذلك بنفسه، فأشبه القضاء، وتقليد القضاء يجوز مضافًا ومعلقًا، فكذا الحكومة.

وجه قول أبى يوسف رحمه الله : إن التحكيم صلح معنى؛ لأنه لا يثبت إلا بتراضى الخصمين، والمقصود منه قطع منازعة تحققت بينهما، وهذا هو معنى الصلح، فلا يصحح معلقًا ومضافًا قياسًا على سائر المصالحات، بخلاف القضاء والإمارة؛ لأنه تفويض وتولية حقيقة ومعنى ليس فيهما معنى الصلح؛ لأن الصلح لا يثبت إلا بالتراضى، ولا يصار إليه إلا لقطع منازعة تحققت، وهذا الحد لا يوجد فى القضاء والإمارة.

فأما التحكيم إن كان تفويضًا من الوجه الذى قلتم، ففيه معنى الصلح من الوجه الذى قلنا، فلئن كان يصح تعليقه وإضافته من الوجه الذى قلتم، لا يصح من الوجه الذى قلنا، فلا يصح بالشك، وإذا اصطلحا على حكم يحكم بينهما على أن يسأل فلانًا الفقيه، ثم يحكم بينهما بقوله جاز.

١٤٤٥٧- وكذا إذا اصطلحا على حكم بينهما على أن يسأل فقيهًا، ثم يحكم بينهما؛ لما ذكرنا أن الحاكم المحكم فيما بين المتخاصمين بمنزلة القاضي المولى، وشرط هذا الشرط في تقليد القضاء يجوز، فكذا إذا شرط في التحكيم، فإن سأل ذلك الفقيه في الفصل الأول، وحكم بينهما بقوله جاز، وهذا ظاهر، وإذا سأل فقيهًا واحدًا في الفصل الثاني، وحكم بقوله جاز أيضًا؛ لأن اللام إذا لم تكن لتعريف المعهود تكن لاستغراق الجنس والحكم المعلق بالجنس يتعلق بأدنى ما ينطلق عليه اسم الجنس، عرف ذلك في موضعه، وإذا اصطلحا على حكم يحكم بينهما في يومه هذا، أو في مجلسه هذا، فهو جائز.

ألا ترى أنه جاز تقليد القضاء موقتًا، فكذا التحكيم، فإن مضى ذلك اليوم، أو قام عن مجلسه ذلك، لا يبقى حكمًا، فرق بين الحكومة وبين الوكالة على إحدى الروايتين، فإن الوكالة لا يتوقف على إحدى الروايتين، حتى إن من قال لغيره: بع عبدي اليوم، فباعه غدًا جاز استحسانًا على إحدى الروايتين.

والفرق أن اليوم في الوكالة يذكر للتعجيل عُرفًا وعادةً، فكأنه قال للوكيل: بع عبدي هذا، وعجّل، ولو قال: هكذا ولم يتعجل، يبقى وكيلا كذا ههنا.

أما ذكر اليوم في باب الحكومة إن كان يراد به التعجيل في جانب من يتوجه الحكم له، لا يراد به التعجيل في جانب من يتوجه عليه الحكم؛ لأنه لا يريد التعجيل، إنما يريد التأقيت، فبعد مضي الوقت إن كان يبقى حكمًا في حق من يتوجه له القضاء، لا يبقى حكمًا في حق من يتوجه عليه القضاء، فلا يبقى حكمًا بالشك.

١٤٤٥٨- وإذا رفع حكم الحاكم المحكم إلى القاضي المولى، فالقاضي المولى ينظر في حكمه، فإن كان موافقًا لرأيه نفذه، وإن كان مخالفًا لرأيه أبطله، وإن كان مما يختلف فيه الفقهاء رحمهم الله أبطله أيضًا.

فرق بين هذا وبين القاضي المولى إذا قضى في حادثة اختلف فيه الفقهاء، ورفع ذلك إلى قاضٍ آخر يرى خلافه، ليس له أن يبطله.

والفرق أن كون الأول قاضيًا ظهر في حق الناس كافة؛ لما أن الأول استفاد الولاية ممن له ولاية على الناس كافة، فكما نفذ قضاء الأول في حق المتخاصمين، نفذ في حق

سائر المسلمين وقضاتهم، فلو جاز من القاضي الآخر نقضه إن كان مخالفًا لرأيه أدّى إلى نقض ما أدى بالاجتهاد باجتهاد مثله، وأنه لا يجوز، وأما كون الحكم حكمًا لم يظهر فى حق غير المتخاصمين؛ لأنه استفاد الولاية من جهة المتخاصمين، وولايتهما مقصورة عليهما، وقد كان للقاضي المولى قبل هذا الحكم رأيًا فى هذه الحادثة، كان يحكم به، فلو لم يجز نقض هذا الحكم إذا كان مخالفًا لرأيه، يظهر نفاذ حكم الحكم فى حقه، ويظهر كونه حكمًا فى حقه، وأنه لايجوز.

١٤٤٥٩- وإذا اصطلح الرجلان على حكم يحكم بينهما، ولم يعلماه، ولكنهما قد اختصما إليه، وحكم بينهما جاز؛ لأنهما لما توجها إليه للخصومة، فقد أعلماه، فصار حكمًا بينهما، فيجوز الصلح، وإذا اصطلحا على غائب ليحكم بينهما، فقدم وحكم بينهما، جاز.

وإذا اصطلحا على أن يحكم بينهما فلان أو فلان، فأيهما حكم بينهما جاز؛ لأن التحكيم صلح أو تفويض، وأيًا ما كان يجوز مع هذا النوع من الجهالة، أما الصلح فلأنه لو صالح على عبدين على أن المدعى بالخيار يأخذ أيهما شاء، ويترك الآخر جاز، وأما الوكالة فإنه لو قال رجل: وكلت هذا، أو هذا ببيع عبدى هذا يجوز، وإذا تقدما إلى أحدهما عيّناه للخصومة، فلا يبقى الآخر حكمًا، كما فى مسألة الوكالة إذا باع أحدهما العبد الذى وكل ببيعه، فإنه يخرج الآخر عن الوكالة.

١٤٤٦٠- وإذا اصطلحا على أن يحكم بينهما أول من يدخل المسجد، فذلك باطل؛ لأن الجهالة ههنا أبين وأظهر، ألا ترى أن لو قال: أول مَن يدخل المسجد هذا، فقد وكلتُه ببيع هذا العبد لايجوز، وهو نظير ما لو قال: إذا جاءت بضاعتى، فقد وكلت رجلا من عرض الناسى ببيعها، وذلك لا يجوز كذا هنا.

١٤٤٦١- ولو سافر المحكم أو مرض، فأغمى عليه، ثم قدم من سفره، أو برأ، ثم حكم جاز، والأصل فى هذا أن الحكومة متى صحت لا يخرج الحكم عن الحكومة إلا بانتهاء الحكومة، فإن كانت مؤقتة أو تقيد الحكومة، أو يخرج الحكم من أن يكون أهلا لحكومة باعتراض ردة، أو ما أشبه ذلك، أو بالعزل؛ لأن الحكم فيما بين المتخاصمين بمنزلة القاضى والمولى، والقاضى المولى لا يخرج عن القضاء إلا بأحد ما ذكرنا من

الأسباب، كذا ههنا.

إذا ثبت هذا، فنقول: بالسفر والمرض لا يخرج من أن يكون أهلا للحكومة، فبقى على حكومته، ولو عمى الحكم ثم ذهب العمى وحكم لم يجز؛ لأن بالعمى خرج من أن يكون أهلا للحكومة، ألا ترى أن القاضى المولى يخرج عن القضاء بالعمى، فكذا الحكم، ثم فرق بين الحكم والقاضى وبين الشاهد، فإن الشاهد إذا عمى بعد تحمل الشهادة، ثم زال العمى وشهد جاز.

والفرق أن كونه غير شاهد لا يمنع ابتداء التحمل؛ ألا ترى أنه لو تحمل وهو صبى أو عبد، ثم بلغ الصبى، أو عتق العبد، وأدّى جاز، فلأن لا يمنع بقاء التحمل أولى، أما كونه غير شاهد يمنع ابتداء القضاء والتحكيم، فيمنع البقاء؛ لأن ما ليس بلازم بالابتداء فلبقاءه حكم الإنشاء، ولو ارتد عن الإسلام، ثم أسلم وحكم لايجوز حكمه؛ لأن بالإرتداد يخرج من أن يكون أهلا للحكومة، ألا ترى أن القاضى المولى يخرج من أن يكون أهلا للقضاء بالارتداد، فكذا الحكم، هكذا فى "الأقضية"، وقد ذكرنا فصل العمى والارتداد فى فصل التقليد والعزل، بخلاف ما ذكر ههنا.

ولو وجّه الحكم القضاء على أحدهما يريد به أن الحكم قال لأحد الخصمين: قامت عندى الحجة بما ادعى عليك من الحق، ثم إن الذى توجّه عليه الحكم عزله، ثم حكم بعد ذلك عليه، لم ينفذ حكمه عليه، فقد صحّح العزل من أحدهما، وأنه مشكل؛ لأنه صار حكمًا باتفاقهما، فينبغى أن لا يخرج من الحكومة إلا باتفاقهما.

والوجه فى ذلك أن اتفاقهما إنما شرط لصيرورته حكمًا؛ لأن فى التحكيم إثبات الولاية عليهما، فلا بد من اتفاقهما، إذ ليس لأحدهما ولاية على صاحبه، أما ليس فى العزل إثبات الولاية على الغير، بل فيه إبطال ما ثبت للحكم عليه من الولاية بتحكيمه، وإبطال ما ثبت له من الولاية بتحكيمه قبل تنفيذ القضاء جائز، وكان بمنزلة الشركات لا يثبت إلا بتراضيهما؛ لما فيه من إثبات الولاية على الغير، ثم ينتقض بنقض أحدهما، إذ ليس فى النقض إثبات الولاية على الغير، كذا ههنا.

١٤٤٦٢- وإذا وكّل أحد الخصمين الحكم بالخصومة، وقبل الحكم الوكالة خرج عن الحكومة؛ لأن بقبول الوكالة خرج من أن يكون شاهدًا لصيرورته خصمًا، والخصم

لا يصلح شاهدًا، فيخرج من أن يكون حكمًا أيضًا، هكذا ذكر في "الأقضية"، بعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: هذا الجواب إنما يستقيم على قول أبي يوسف رحمه الله؛ لأن على قوله الوكيل بمجرد قبول الوكالة يصير خصمًا، حتى لو عزل قبل الخصومة، فشهد لموكله لا تقبل الشهادة، أما لا يستقيم على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله؛ لأن على قولهما: الوكيل بمجرد قبول الوكالة لا يصير خصمًا ما لم يخاصم، حتى لو عزل قبل الخصومة، ثم شهد لموكله، قبلت شهادته، وإذا لم يصر خصمًا بمجرد قبول الوكالة، لا يخرج عن الحكومة بمجرد قبول الوكالة، حتى لو عزل في الحال، وحكم ينفذ حكمه.

ومنهم من قال: لا، بل ما ذكر ههنا قول الكل، وجه ذلك أن التوكيل بالخصومة توكيل بالخصومة في مجلس القاضي؛ لأن مجلس الخصومة مجلس القاضي، فيصير وكيلا بالخصومة إذا حضر مجلس القاضي للخصومة، فصار التوكيل كالمضاف إلى حضوره، فإذا عزل قبل حضوره مجلس القاضي، فقد عزل قبل صيرورته وكيلا، وقبل صيرورته خصمًا، فأما الحاكم المحكم يصير خصمًا بمجرد قبول الوكالة؛ لأنه فيما بينهما بمنزلة القاضي المولى، فمجلسه يكون كمجلس القاضي، وأنه لا يكون غائبًا عن مجلسه، فكما قبل الوكالة يصير خصمًا، فيخرج عن الحكومة.

١٤٤٦٣- وإذا اشترى الحكم العبد الذي اختصما إليه فيه، أو اشتراه ابنه، أو أحد ممن لا تجوز شهادته له، فقد خرج من الحكومة، أما إذا اشترى العبد هو فلأنه صار خصمًا عن أحد الخصمين، فإن بعد ما اشتراه الحكم يحتاج إلى إثبات الملك لبائعه ليمكنه الإثبات لنفسه بالتلقي منه، وأما إذا اشتراه أحد ممن لا تجوز شهادته له، فلأنه يصير حاكمًا، وهو لا يصلح حاكمًا له؛ لأنه لا يصلح شاهدًا له.

١٤٤٦٤- وإذا قال الحكم: قامت لفلان بينة عندي على فلان بكذا وكذا، وقضيت له به لفلان على فلان، فأنكر فلان البينة والقضاء، فإن قضاه ماضٍ عليه[1].

١٤٤٦٥- وكذلك إذا قال الحكم: أقر فلان عندي لفلان بكذا، وقضيته بها عليه، وقال فلان: ما أقررت بذلك، وما قضيت بها علي، فإن قضاه ماضٍ عليه؛ لأن الحكم

---

(١) وفي الأصل: فإن القضاء ماضٍ عليه.

فيما بين المتخاصمين بمنزلة القاضي المولى، والقاضي المولى لو قال على نحو ما قاله الحكم، كان قوله حجة، فكذا قول الحكم.

فإن قيل: أليس أن الحكم قد خرج عن الحكومة بالحكم؟ فحين أخبر أنه قضى عليه بإقراره، فهو ليس بحكم، فينبغي أن لا يصدق في ذلك، كالقاضي بعد العزل إذا قال: قضيت لهذا على هذا بكذا.

قلنا: الحكم إنما يخرج عن الحكومة إذا حكم فيما بين المتخاصمين، وفي زعم المدعى عليه أنه لم يقضِ بعد، فإنه أنكر القضاء بعد العزل، وأنه على حكومته، ففي زعم المدعى عليه أنه يجبر[1] على الحكم، وهو حكم، فيعامل معه بزعمه، وصار كالوكيل بالبيع إذا قال: كنت بعت أمس، وكذبه الموكل، فإنه يصدق الوكيل، وإن كانت الوكالة تنتهي بالبيع؛ لأن في زعم الموكل أنه لم يبع، وأن وكالته لم تنتهِ، وإنما أخبر عن البيع حال قيام الوكالة، فعومل معه بزعمه، كذا هنا.

١٤٤٦٦- وإذا شهد شاهدان أن هذا الحكم قضى لهذا على هذا بألف درهم، وشهد آخران أن هذا الحكم أبرأ هذا عن الألف التي ادعاها هذا، والحكم ميت أو غائب، أو حاضر إلا أنه يجحد البعض، ويقر بالبعض، فإني أقضي بالبراءة؛ لأن المدعى عليه لما ادعى البراءة فقد أقر بالدين، فوقع الاستغناء عن قبول بينة الطالب لإقرار المدعْى عليه، والمدعى عليه بعد ذلك أثبت البراءة بالبينة من غير معارضة، فتقبل بينته، ألا ترى أنه لو كان مكان الحكم قاضٍ مولى، كان الحكم ما ذكرنا للمعنى الذي أشرنا إليه، كذا هنا.

١٤٤٦٧- ولو كانت الخصومة في دار، وشهد شاهدان لأحد الخصمين، أن الحَكم قضى لهذا بالدار، وشهد شاهدان آخران للخصم الآخران الحكم قضى بها لهذا تهاترت البينتان، ويترك الدار في يد من كانت قبل هذا قضاء ترك؛ لأنه تعذر العمل بالبينتين؛ لأن إحداهما كاذبة بيقين، وتعذر العمل بإحداهما، إذ ليست إحداهما للعمل بها أولى من الأخرى.

١٤٤٦٨- ولو كانت الخصومة بينهما في ألف درهم، وأقام المدعى بينة أن الحكم قضى له على المدعى عليه بالألف التي ادعاها يوم السبت، وأقام المدعى عليه بينة أن

---

(١) هكذا في الأصل وم، وكان في ظ: أنه يخيّر.

المدعى عليه، أخرجه عن الحكومة قبل ذلك، فحكمه باطل؛ لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت عيانًا، ولو عاينا أن المدعى عليه أخرج الحكم[1] عن الحكومة قبل يوم السبت، ثم إن الحكم حكم عليه بعد يوم كان حكمه باطلا، كذا هنا.

١٤٤٦٩- قال: ولو كان المدعى أقام البينة أن الحكم قضى له بالمال يوم الجمعة، وأقام المدعى عليه بينة أن الحكم أبرأه عن المال يوم السبت، أو أقام المدعى عليه بينة أن الحكم قضى بالمال يوم السبت، فإن القضاء الأول نافذ، والقضاء الثانى باطل، وهذا لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت عيانًا، ولو عاينا قضائين على الترتيب الذى ادعيا، كان الأول نافذًا، والثانى باطلا؛ لأن الحكومة قد انتهت بالقضاء الأول لحصول المقصود، وهو فصل الخصومة، والحكم الثانى يكون بعد خروجه عن الحكومة، فيقع باطلا، وحكم الحكم بالطلاق والنكاح والعتاق والكتابة، والكفالة بالنفس والكفالة بالمال، والشفعة والنفقة والديون، والقروض والتبرع والقصاص، وأرش الجراحات، وقطع يد عمد، وسائر حقوق العباد بينهم، فهو جائز إذا وافق رأى القاضى، أما الطلاق والعتاق وسائر الحقوق المالية: فلا شك فى جواز التحكيم فيها؛ لأن حكم الحكم[2] صلح من وجه، وتفويض من وجه، وأيّا ما كان فهو جائز، وأما القصاص فقد نص على جواز التحكيم فيها ههنا.

وفى صلح "الأصل": وعن أبى حنيفة رحمه الله: أنه لا يجوز، وهكذا ذكره الخصاف رحمه الله فى أدب القاضى، ووجه ذلك أنه صلح من وجه، ولا يجوز استيفاء القصاص بالصلح؛ ولأنه ليس بحجة فى حق غير المحكمين، فكان فيه شبهة، والقصاص لا يستوفى مع الشبهات، وجه ما ذكر هنا، وفى "الأصل": أن القصاص من حقوق العباد، وهما يملكان الاستيفاء بأنفسهما، فيملكان التفويض إلى غيرهما قياسًا على سائر حقوق العباد.

وأما أرش الجراحات فإن كانت بحيث لا يتحملها العاقلة، وتجب فى مال الجانى، بأن كانت دون أرش الموضحة، وهو خمس مائة درهم، أو يثبت ذلك بالإقرار، أو

---

(١) وكان فى الأصل: أخرجه الحكم.

(٢) وفى م: حكم الحاكم.

النكول، أو كان عمدًا، وقضى على الجانى جاز؛ لأنه لا يخالف حكم الشرع، وقد رضى الجانى بحكمه عليه، فيجوز، وإن كانت بحيث يتحملها العاقلة، بأن كانت خمس مائة فصاعدًا، وقد ثبت بالبينة، وكان خطأ، لا يجوز قضاءه بها أصلا؛ لأنه إن قضى بها على الجانى فقد قضى بخلاف الشرع، وإن قضى بها على العاقلة، والعاقلة ما رضوا به.

١٤٤٧٠- وفى "أدب القاضى" للحسن بن زياد عن أبى حنيفة رحمه الله: أن الحكم فى فصل الخطأ إن قضى بالدية على العاقلة لم يجز، وإن قضى بها على القاتل جاز، وأما قطع اليد عمدًا إن قطع يد الحر فحكمه وجوب القصاص، وقد بيّنا الكلام فى جواز التحكيم والقصاص، وإن قطع يد عبد، فحكمه وجوب نصف القيمة فى مال القاطع، فجاز قضاءه عليه بالمال؛ لأنه رضى بحكومته، وحكم الحاكم جائز فى الأموال باتفاق الروايات، وقوله فى الكتاب: فهو جائز إذا وافق رأى القاضى، معناه أن للقاضى المولى أن يبطل حكم الحاكم إذا خالف رأيه، قال: ولا يجوز التحكيم فى شىء من الحدود، لا زنا، ولا شرب خمر، ولا سرقة، ولا لعان، ولا قذف، وإن فعل ذلك، فهو باطل؛ لأنهما لا يملكان إقامة ذلك بأنفسهما، فلا يملكان التفويض إلى الغير، ويجوز التحكيم فى تضمين السرقة؛ لأنه خالص حق المسروق منه، وله ولاية الاستيفاء، ويجوز تحكيم المكاتب والعبد المأذون، كما يجوز تحكيم الحر؛ لأنا إن اعتبرنا التحكيم بالصلح، فصلح المكاتب، والعبد المأذون صحيح.

وإن اعتبرناه بالتفويض فيهما[1] فى تفويض ما يملكان بأنفسهما إلى غيرهما بمنزلة الحر، ولا يجوز كتاب الحكم بحكم إلى القاضى؛ لأنه فى حقه بمنزلة واحد من الرعايا والقاضى لا يقضى بكتاب واحد من الرعايا، وكذلك لا يجوز كتاب القاضى إلى حكم حكمه رجلان بشهادة شهود شهدوا عنده؛ لأنه فى حقه بمنزلة واحد من الرعايا، وكذلك لاينبغى للحكم أن يقضى بكتاب كتبه قاضٍ إلى قاضٍ آخر.

١٤٤٧١- وإذا حكما رجلا، فجعل الحكم الحكم إلى غيره لم يجز إلا برضاء الخصمين؛ لأنهما إنما رضيا بحكمه، أما ما رضيا بحكم غيره، فلو أن الثانى حكم بينهما بغير رضاءهما، وأجاز الأول حكمه، ذكر فى الكتاب أنه باطل، بعض مشايخنا رحمهم

---

(١) وكان فى الأصل: وإن اعتبرنا التفويض فيهما.

الله قالوا : ما ذكر من الجواب لا يكاد يصح على قول علمائنا ؛ لأن الحكم إما أن يعتبر بالوكيل الذى لم يؤذن له بالتوكيل ، أو بالقاضى[1] الذى لم يؤذن له بالاستخلاف ، وأى الأمرين اعتبرنا يجب أن يكون إجازة الأول حكم الثانى صحيحًا ، فإن القاضى الذى لم يؤذن له بالاستخلاف ، وإذا أجاز حكم خليفته جاز ، والوكيل الذى لم يؤذن له فى التوكيل إذا أجاز تصرف وكيله يجوز ، والذى يؤيد هذا القول مسألة ذكرها محمد رحمه الله فى "السير الكبير" .

وصورتها : إذا ترك قوم من أهل الحرب على حكم رجل من المسلمين ، فحكم فيهم غيره بغير رضاهم ، لا يجوز ، وإن أجاز ذلك الحكم هذا الحكم يجوز .

ومنهم من قال : هذا الجواب صحيح ، على قياس ما ذكر فى بعض روايات كتاب الوكالة : أن الوكيل الذى لم يؤذن له فى التوكيل إذا أجاز تصرف وكيله لايجوز ، وعلى قياس هذه الرواية : لو أجاز القاضى الذى لم يؤذن له فى الاستخلاف حكم خليفته لا يجوز أيضًا ، وعلى قياس الرواية الأخرى : أن الوكيل لو أجاز تصرف وكيله يجوز ، ولو أجاز القاضى حكم خليفته ، أو أجاز الحكم حكم حاكمه ، يجوز أيضًا ، فإذا فى الحاصل فى المسائل كلها روايتان ، وسيأتى وجه الروايتين فى وكالة "الأصل" ، فإن الوكيل بالخصومة لا يملك التحكيم ؛ لأن التحكيم صلح معنى ، والوكيل بالخصومة لا يملك الصلح ، وإن وكله بالخصومة ، وأجاز صنعه جاز التحكيم ، وهذا ظاهر .

١٤٤٧٢- ولو حكم رجلان رجلا بينهما ، وحكم لأحدهما ، ثم اصطلحا على حكم آخر ، فالثانى ينظر فى حكم الأول إن كان عدلا أمضاه ، وإن كان جورًا أبطله ؛ لأن الحكم فيما بين المتخاصمين بمنزلة القاضى المولى ، والقاضى المولى إذا قضى بين اثنين ثم رفع قضاءه إلى قاضٍ آخر ، نظر القاضى الثانى فى قضاءه على نحو ما بيّنّا .

١٤٤٧٣- وإذا رد الحكم شهادة شهود شهدوا عنده بتهمة ، ثم شهد أولئك الشهود عند قاضٍ آخر ، أو عند حاكم آخر ، فإنه يسأل عنهم ، فإن عدّلوا أجازهم ، وإن جرّحوا ردهم ؛ لأن الحكم فى حق غير المتخاصمين بمنزلة واحد من الرعايا ، فلايعمل رده فى حق القاضى ، ولا فى حق حاكم آخر ، بخلاف ما إذا رد القاضى المولى شهادتهم ؛

---

(١) وفى الأصل : أو بالقضاء .

لأن رده يظهر فى حق الناس كافة، فلا يكون لأحد أن يعمل بتلك الشهادة بعد ذلك.

١٤٤٧٤- وإذا أبى الخصمان حكم الحكم، وقالا: لم يحكم بيننا، وقال الحكم: لا، بل قد حكمت بينهما، فإنه يُصدق الحكم ما دام فى مجلس الحكومة؛ لأنه حكى أمرًا يملك استئنافه فى زعم المتخاصمين، وبعد ما قام عن مجلس الحكومة لايصدق؛ لأنه حكى ما لم يملك استئنافه، وإذا اصطلحا على حكم يحكم بينهما، وأجاز القاضى حكومته قبل أن يحكم بينهما، فهذه الإجازة من القاضى لغو، حتى لو حكم الحاكم، بخلاف رأى القاضى، فللقاضى أن يبطله؛ لأن هذه الإجازة لو اعتبرت إما أن يعتبر لنفاذ التحكيم، ولا وجه إليه لأن التحكيم نفذ من الخصمين لاتوقف فيها، فلا تعمل الإجازة فيها؛ لأن الإجازة إنما تعمل فى الموقوف لا فى غير الموقوف، وإما أن يعتبر لنفاذ الحكم، ولا وجه إليه أيضًا؛ لأن الحكم[1] لم يوجد، وإجازة الشىء قبل وجوده باطلة، فصار وجود هذه الإجازة والعدم بمنزلة.

قال شمس الأئمة السرخسى رحمه الله: وهذا الجواب صحيح فيما إذا لم يكن القاضى مأذونًا فى الاستخلاف، فأما إذا كان مأذونًا فى الاستخلاف يجب أن يجوز إجازته، وتجعل إجازة القاضى بمنزلة استخلافه إياه فى الحكم بينهما، فلايكون له أن يبطل حكمه بعد ذلك.

١٤٤٧٥- وإذا حكم رجل بين رجلين، ولم يكونا حكماه، فقالا بعد حكمه: رضينا بحكمه، وأجز ما عليه، فهو جائز؛ لأن الإجازة فى الانتهاء بمنزلة الإذن فى الابتداء، ولو أذنا له بالحكم بينهما فى الابتداء جاز، فكذا إذا أجازا حكمه فى الانتهاء.

١٤٤٧٦- وإذا اصطلح رجلان على أن يبعث كل واحد منهما حكمًا من أهله، فهو جائز، وإذا قضى أحدهما على أحد الخصمين، وقضى الآخر على الخصم الآخر لايجوز؛ لما ذكرنا أن الحكم فى حق المتخاصمين بمنزلة القاضى المولى، والقاضى المولى إذا كان اثنين لا ينفرد أحدهما بالقضاء؛ لأن القضاء أمر يحتاج فيه إلى الرأى، والخليفة رضى برأى المثنى لا برأى الواحد، كذا ههنا الخصمان رضيا برأى المثنى، فلا ينفرد أحدهما بالحكم.

---

(١) وفى الأصل: أن التحكيم لم يوجد.

١٤٤٧٧- وعن هذا قلنا : إذا اصطلح مسلم وذمى على مسلم وذمى يحكمان بينهما ، وحكما جميعًا للمسلم على الذمّى جاز ؛ لأنهما يصطلحان حكمًا على الذمى ، فيصلحان شاهدين عليه ، ولو حكما للذمى على المسلم لا يجوز ؛ لأن الذمى لا يصلح حكمًا على المسلم ، فخرج من البين ، وتعذر تنفيذ حكم المسلم أيضًا ، وإن صلح حكمًا عليه ؛ لأنه ما رضى برأيه وحده ، وعلى هذا المسلمان إذا حكما حرًّا وعبدًا بينهما ، فحكم الحر بينهما لم يجز ؛ لأن العبد لا يصلح حكمًا ، فخرج هو من البين ، بقى الحر منفردًا ، وهما ما رضيا برأى المنفرد .

١٤٤٧٨- وإذا حكم الذميّان ذميًا يحكم بينهما ، ثم أسلم أحد الخصمين ، فقد خرج الحكم من الحكومة ، هكذا ذكر فى الكتاب ، وأراد بقوله : خرج من الحكومة يعنى خرج عن الحكومة فى حق الحكم على المسلم ، أما فى حق الحكم على الذمى ، يبقى حكمًا ، وهذا لما عرف أن البقاء معتبر بالابتداء ، والذمى يصلح لابتداء التحكيم على الذمى ، فيصلح البقاء به حكمًا عليه ، ولا يصلح لابتداء التحكيم على المسلم ، فلا يصلح لبقاءه حكمًا ، ويجوز حكم الحاكم المحكم[1] فى الطلاق المضاف إليه ، أشار فى صلح "الأصل" .

وفى[2] "أدب القاضى" للخصاف رحمه الله : فإنه استثنى من حكمه فى صلح "الأصل" الحدود ، وفى "أدب القاضى" : استثنى الحدود والقصاص ، فهذا إشارة إلى أن ما عدا ذلك داخل فى حكمه ، و هو الصحيح من المذهب ، لكن كثير من مشايخنا رحمهم الله امتنعوا عن الفتوى فى الطلاق المضاف ، وأمثاله كيلا يتجاسر العوام ، فيؤدى إلى التهاون بأحكام الشرع .

١٤٤٧٩- وإذا حلف الحكم أحد الخصمين ، ونكل عن اليمين ، وقضى عليه ، فقال المقضى عليه : لا أجيز حكمه علىّ ، واحلف ، فحكمه عليه ماضٍ ، ألا ترى أن المقضى عليه بالنكول من جهة القاضى لو أراد أن يرد قضاءه عليه ، ليس له ذلك ، كذا ههنا لما مرّ أن الحكم فيما بين المتخاصمين بمنزلة القاضى المولى .

---

(١) وفى الأصل : حكم الحكم المحكم .

(٢) وفى الأصل : فى أدب من غير واو .

ولو كان المدعى من الابتداء أقام البينة على دعواه، وعدّلوا، وحكم الحاكم بها على المدعى عليه جاز، كما يجوز من القاضى المولى، فإن أنكر المقضى عليه الحكم، أو أنكر التحكيم، وادعى المدعى ذلك، كان للمدعى أن يحلفه؛ لأنه يدعى عليه معنى لو أقر به يلزمه، فإذا أنكر يستحلف عليه، كما فى سائر الدعاوى، فإن نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه.

وإن كان المدعى أقام بينة على ما ادعى من التحكيم، والحكم ينظر إن كان الشهود الذين شهدوا على التحكيم والحكم غير الذين جرى الحكم بشهادتهم، قبلت شهادتهم، وإن كانوا هم الذين جرى الحكم بشهادتهم، لا تقبل شهادتهم، لتمكن التهمة فى الفصل الثانى؛ لأنهم يريدون تصحيح شهادتهم الأولى، وإلزام حكم بواسطة ما قالا، ومثل هذه التهمة منتفية عن شهادتهم فى الفصل الأول.

١٤٤٨٠- وفى "الزيادات": إذا رفع حكم الحَكم فى المجتهدات إلى قاضٍ يرى خلاف ما حكم، فنفذه مع ذلك، ثم رفع إلى قاضٍ آخر، يرى رد حكم الحَكم أيضًا، فالقاضى الثانى لايرده؛ لأن إجازة القاضى حكم الحكم بمنزلة إنشاء القضاء منه، والقاضى إذا قضى فى المجتهدات بخلاف رأيه ينفذ قضاءه، وقد ذكرنا هذا الفصل مع ما فيه من الخلاف فيما تقدم.

وإذا لم يكن القاضى مأذونًا بالاستخلاف، فأمر رجلا حتى حكم بين اثنين، وأجاز القاضى حكم ذلك الحكم، قد ذكرنا أنه ينفذ حكمه على إحدى الروايتين، ولكن هذا إذا كان الحكم ممن يصلح قاضيًا، وإن كان لا يصلح قاضيًا كالعبد والصبى وغيرهما، لا ينفذ حكمه بإجازته باتفاق الروايات، وإن كان ممن يختلف الفقهاء فى صلاحيته للحكومة، نفذ حكمه بإجازته؛ لأن إجازة القاضى حكم الحكم قضاء من بأهليته، وأنه مجتهد فيه، وقضاء القاضى فى المجتهدات نافذ.

١٤٤٨١- وإذا حكما رجلا فيما بينهما، فقضى لأحدهما على صاحبه باجتهاده، ثم رجع عن قضاءه، وقضى للآخر، فإن القضاء الأول ماضٍ، والقضاء الثانى باطل؛ لما ذكرنا أن الحكم فى حق الخصمين بمنزلة القاضى المولى فى حق الناس كافة، والقاضى المولى متى قضى بحادثة باجتهاده، ثم أراد أن ينقض ذلك القضاء، ويقضى بخلافه فى

تلك الحادثة، ليس له ذلك، كذا هنا.

وإذا اصطلح الرجلان على حكم يحكم فيما بينهما، فقضى لأحدهما على صاحبه فى بعض الدعاوى الذى حكماه فى ذلك، ثم رجع المقضى عليه عن تحكيم هذا الحكم فيما بقى بينهما من الدعاوى، فإن قضاءه الأول نافذ، وما يقضى بعد ذلك لا ينفذ؛ لما ذكرنا أن عزل كل واحد منهما للحكم عامل فيما لم يقض بعد، فأما فيما قضى ووقع الفراغ عنه، فإنه لايعمل عزله، وكان كالوكيل ببيع عبدين إذا باع أحدهما، ثم عزل الموكل عمل عزله فيما لم يبع، ولم يعمل فيما باع، فكذلك ههنا.

١٤٤٨٢- قال: وإذا اصطلح الخصمان على حكم بينهما، فأقام المدعى شاهدين عنده أن له على هـذا الرجل وعلى كفيله الغائب فلان ألف درهم، فقال المدعى عليه: الشاهدان عبدان، فإنه يسمع طعن المشهود عليه، فإنه فيما بين المتخاصمين بمنزلة القاضى المولى، والقاضى يسمع هذا الطعن، فكذا الحكم، فإن أقام الشاهدان بينة أن مولاهما قد كان أعتقهما، وعدلت بينة العتق، فالحكم يقضى بعتقهما فى حق المشهود عليه، ويقضى بالمال عليه، ولا يقضى به على الكفيل، ولا يثبت العتق فى حق المولى بحكم الحكم، وإن كان لو حصل هذا من القاضى المولى، يثبت العتق فى حق المولى، ويثبت المال على الكفيل؛ لما ذكرنا أن حكم الحكم إنما يظهر فى حق من رضى بحكمه دون من لم يرضَ بحكمه، والمولى والكفيل ما رضيا بحكمه، فلا يظهر حكمه فى حقهما.

أما المتخاصمان فقد رضيا بحكمه، فيظهر حكمه فى حقهما، فإن جاء مولى العبدين، وأنكر العتق، وقدمهما إلى القاضى، فإن شهد هذان الشاهدان على عتقهما، أو غيرهما يريد بقوله: هذان الشاهدان اللذان شهدا على عتقهما عند الحكم، وقضى القاضى به، فشهادتهما بالمال جائزة؛ لأنه لم يظهر عنده خطأ حكم الحكم فيما حكم، ولا ينقض حكمه، وإن لم يكن لهما بينة على العتق، وقضى القاضى برقّهما للمولى أبطل حكم الحكم فيما حكم؛ لأنه ظهر عند القاضى أن الحكم حكم بشهادة العبيد، والحكم بشهادة العبيد باطل، فكان له أن يبطل.

١٤٤٨٣- قال: ولو ادعى رجل قبل رجلين أنهما غصباه ثوبًا، أو شيئًا من الكيلى

أو الوزنى، فغاب أحدهما، ورضى الآخر، والمدعى عليه يحكم بحكم بينهما، فأقام المدعى بينة على حقه عليهما، فإنه يلزم الحاضر نصف ذلك، ولا يلزم الغائب منه شيء؛ لأن الحاضر رضى بحكمه، أما الغائب فلم يرضَ بحكمه، وكذلك على هذا إذا ادعى رجل على ميت دينًا، وورثته غيّب إلا واحد، فاصطلح هذا الوارث الحاضر مع المدعى على حكم يحكم بينهما، وأقام المدعى بينة على الميت بحقه، وحكم الحاكم بذلك، لا يظهر حكمه فى حق الغيّب؛ لأنهم ما رضوا بحكمه غير أن فى مسألة الورثة يقضى على الحاضر بجميع الدين، ويستوفى ذلك مما فى يده، وفى مسألة الغصب يقضى على الحاضر بالنصف.

والوجه فى ذلك أن الحكم فيما بين المتخاصمين بمنزلة القاضى المولى فى حق الناس كافة، ثم القاضى يقضى بجميع الدين على الميت بحضرة أحد الورثة؛ لما عُرف أن أحد الورثة ينتصب خصمًا عن الميت فى جميع ما يدعى على الميت، وصار من حيث المعنى كأن المورث حيّ وهو حاضر.

وإذا قضى القاضى بجميع الدين، والدين مقدم على الميراث، وما فى يده من الميراث يؤخذ جميع الدين مما فى يده، فإذا عرفت الجواب فى حق القاضى المولى، فكذلك الجواب فى الحكم، أما فى الغصب: القاضى المولى لا يقضى إلا بنصف القيمة؛ لأن أحدهما ليس بخصم عن الآخر، فإذا عرفت هذا فى القاضى المولى فكذلك الجواب فى الحَكم.

١٤٤٨٤- وإذا اشترى من آخر عبدًا، وقبضه ونقد الثمن، ثم طعن بعيب[١]، فاصطلحا على حكم، فقضى بالرد على البائع، فهو جائز؛ لأن التحكيم حصل بما يملك الخصمان فعله بأنفسهما، فيصح كما فى سائر الصور.

وإذا صح التحكيم صار الحكم فيما بينهما بمنزلة القاضى المولى، والقاضى المولى لو قضى بالرد على البائع يجوز، فكذا ههنا، فإن أراد البائع أن يخاصم بائعه فى ذلك العيب، لايجوز، لما ذكرنا أن حكم الحاكم[٢] فى حق غير المتخاصمين

---

(١) وفى الأصل: بعيبه.

(٢) وفى الأصل: إن حكم الحكم.

بمنـــزلة صلح باشره، ولو حـصل الرد على البـائع بطـــريق الصلح للبـائع أن يخـاصم بائعـه في ذلك العـيب، ويجـعل هذا الرد بمنزلة بيع جـديد فى حق البـائع الأول، فكذا ههنا.

١٤٤٨٥- ولو اصطلحوا جميعًا على حكم هذا الحكم المشترى الثانى والمشترى الأول والبائع الأول، ورد هو العبد على البائع الثانى، فأراد البائع الثانى أن يرده على البائع الأول، ليس له ذلك قياسًا، وله ذلك استحسانًا، وجه القياس أن البائع الأول ليس بخصم للحال[1]، إذ لاخصومة معه فى العيب قبل الرد على البائع الثانى، فلا يصح تحكيمه، فصار وجود هذا التحكيم والعدم بمنزلة.

وجه الاستحسان أن البائع الأول إن لم يكن خصمًا فى هذا العيب فى الحال، وهو بعرض أن يصير خصمًا بسبب هذا العيب، فإنه إذا رد العبد على البائع الثانى، كان للبائع الثانى أن يخاصم البائع الأول فيه، فصح التحكيم منه، فصار الحكم فى حقهم بمنزلة القاضى المولى، والقاضى المولى لو رد العبد على البائع الثانى، كان للبائع الثانى أن يرد على البائع الأول، فكذا الحكم.

ولو نقض البائع الأول الحكومة بعد ما رد العبد على الثانى قبل أن يرده عليه، صح النقض؛ لأن هذا نقض قبل الحكم عليه، وأنه جائز، وإذا صح العزل لا يملك الحَكم رد العبد على البائع الأول بعد ذلك، وإن خاصم البائع الثانى البائع الأول بعد ذلك بسبب هذا العيب عند قاض من القضاة، فالقياس أن لا يرده القاضى على البائع الأول؛ لأن التحكيم من البائع الأول لم يصح على جواب القياس[2]، فصار وجوده والعدم بمنزلة، وفى الاستحسان يرده؛ لأن الحكم حين رد على البائع الثانى، فهو حكم فى حق البائع الأول، فصح حكمه بالرد فى حق البائع الأول، فلا يبطل هذا الحكم بعزل الحكم، ألا ترى أنه لا يبطل هذا الحق بعزل القاضى المولى، حتى إن القاضى المولى إذا رد العبد على البائع الثانى، ثم عزل هذا القاضى، وولى قاضٍ آخر، فرفعت إليه هذه الحادثة، رد العبد على البائع الأول، كذا ههنا.

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم: للحصال.

(٢) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل: وم الاستحسان مكان القياس.

١٤٤٨٦- ولو أن رجلا باع سلعة لرجل بأمره، فطعن المشترى بعيب، فحكما بينهما حكمًا برضى الآمر، وردها الحكم على البائع بسبب ذلك العيب بإقرار البائع، أو بنكوله أو ببينة قامت، فإن كان الرد بالبينة أو بنكول الوكيل، فله أن يرده على الموكل، وإن كان الرد بإقراره بالعيب، وذلك عيب لا يحدث مثله، رده على الموكل أيضًا، وإن كان يحدث مثله لم يرد على الموكل حتى يقيم البينة أن هذا العيب كان عند الموكل؛ لأنه صار حكمًا فى حقهم بتراضيهم، فصار بمنزلة القاضى المولى والحكم فيما إذا كان الرد من القاضى المولى على نحو ما ذكرنا، فكذا إذا كان الرد من الحكم، ولم يذكر القياس والاستحسان فى هذه المسألة، كما فى المسألة المتقدمة؛ لأن هناك الآمر خصم فى الحال قياسًا واستحسانًا.

وإن كانت الحكومة بغير رضى الآمر، لا يلزم الآمر من ذلك شىء إلا ببينة، أو كان عيبًا لا يحدث مثله، وهذا لأن التحكيم فى حق الآمر لما لم يصح لعدم رضاه صار بمنزلة ما لو قبل المأمور المبيع بالعيب بغير قضاء، وهناك الجواب على التفصيل: إن كان يحدث مثله يلزم المأمور دون الآمر باتفاق الروايات، وإن كان عيبًا لا يحدث مثله، ففيه اختلاف الروايات، فى بعضها يلزم الآمر[1]، وفى بعضها يلزم المأمور، كذا ههنا.

ولو كان هذا الرجل اشترى عبدًا لرجل بأمره، وطعن المشترى بعيب به، وحكما فيما بينهما رجلا برضى الآمر، ورده ببينة، أو بإقرار، أو بنكول، كان ذلك جائزًا على الآمر، وهذا ظاهر، ولو كان التحكيم بغير رضى الآمر، ورد بعض ما ذكرنا، فكذلك الجواب، كان الرد جائزًا على الآمر.

فـــرق بين الوكيل بالشراء وبين الوكيل بالبيع، فإن فى الوكيل بالبيع إذا حصل الحكم بغير رضاء الآمر، ورد المشترى على الوكيل نفذ الرد على الوكيل دون الموكل.

والفرق: أن حكم الحكم فى حق غير المحكمين بمنزلة الصلح الذى باشراه، ولو كان مكان الرد فى الوكيل بالبيع صلحًا، باشراه بغير قضاء نفذ عليه، وعلى الآمر جميعًا لفقه، وهو أن الرد بالعيب بغير قضاء بمنزلة الإقالة فى حق الثالث، والآمر ثالثهما،

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم: فى بعضها لا يلزم الآمر.

والإقالة فى حق الوكيل بالبيع فى هذه الحالة لا يصح ؛ لأن الوكالة انتهت نهايتها بالبيع والتسليم، والتحق الوكيل بالأجانب، فأما الوكالة[1] من الوكيل بالشراء ما دام المشترى فى يده صحيحة ؛ لأن الوكالة بالشراء لا تنتهى ما دام المشترى فى يدى الوكيل بالشراء - والله أعلم بالصواب - .

(١) وفى م: الإقالة.

الفصل الرابع والعشرون
فى كتاب القضاة إلى القضاة

يجب أن يعلم بأن كتاب القاضى إلى القاضى صار حجة شرعًا فى المعاملات، بخلاف القياس؛ لأن الكتاب قد يفتعل ويزوّر، والخط يشبه الخط، والخاتم يشبه الخاتم؛ ولأن القاضى لا ولاية له على الخصم الذى فى غير بلده، فكيف يكون كتابه حجة عليه؟

ولأن القاضى الكاتب بكتابه ينقل شهادة الشهود إلى المكتوب إليه، والشهود بأنفسهم لو حضروا مجلس القاضى، وكتبوا شهادتهم بين يدى القاضى، فالقاضى لا يعمل به، فكيف يعمل بكتاب غيره؟ ولكن جعلناه حجة بالإجماع، فقد رُوى عن على رضى الله عنه وجماعة من التابعين منهم عمر بن عبد العزيز والحسن والشعبى وإبراهيم النخعى رضى الله عنهم أنهم جوّزوا ذلك فى المعاملات، ولم ينقل عن غيرهم بخلافه، والمعنى فى ذلك الحاجة، فإن الإنسان قد يكون غائبًا، والشهود حضور يتعذر عليه الجمع بين الشهود والخصم؛ لما أنه لا يمكنه إحضار الشهود بلد الخصم، ولا يمكنه نقل الشهود إلى الخصم، ولا يمكنه أن يصل إلى حقه بالشهادة على الشهادة؛ لأن قاضى تلك البلدة عسى لا يعرف عدالة الأصول، وعسى لا يجد هناك من يعدّل الأصول، وفى تعديل الفروع الأصول كلام، على ما يأتى بيانه فى موضعه، فلو لم يقبل كتاب القاضى إلى القاضى لنقل الشهادة، وإثبات عدالتهم لتعطلت الحقوق، وضاعت، فقبلناه صيانةً للحقوق عن الضياع والبطلان، ولكن إنما يقبله القاضى المكتوب إليه عند وجود شرائطه، ومن جملة الشرائط البينة حتى إن القاضى المكتوب إليه لايقبل كتاب القاضى ما لم يثبت عنده بالبينة أنه كتاب القاضى، به ورد الأثر عن على رضى الله عنه.

والمعنى فى ذلك أن كتاب القاضى لا يخلو عن نوع احتمال؛ لما ذكرنا أن الخط يشبه الخط، فلا يجوز العمل به ما لم يثبت هذا الاحتمال، وذلك بالبينة، ولأن كتاب القاضى يقع ملزما فى حق المكتوب، حتى يلزمه العمل به، وإذا عمل به، وقضى على المدعى عليه بما فيه يلزمه ذلك، واللزوم يعتمد الحجة، والحجة هى البينة، وبهذا يقع الفرق بين

كتاب القاضي وبين كتاب المزكى إلى القاضى، فإن فى كتاب المزكى إلى القاضى لا يحتاج إلى البينة؛ لأنه ليس فى كتاب المزكى إلزام، فالقضاء مضاف إلى شهادة الشهود لا إلى التزكية، إنما التزكية نوع رجحان الصدق، ولهذا لو قضى القاضى بالشهادة بدون التزكية صح قضاءه، وبه يقع الفرق أيضًا بين كتاب القاضى وبين كتاب ملك أهل الحرب إذا طلب الأمان فيه، فإنه مقبول بغير البينة، حتى لو آمنه الإمام صح أمانه؛ لأن كتاب أهل الحرب ليس بملزم؛ لأن للإمام رأيًا فى الأمان وتركه.

ومن جملةما عمل فيه بالقياس الحدود والقصاص حتى لم يجوّزوا كتاب القاضى إلى القاضى فى المعاملات بالأثر والإجماع، ولا أثر ولا إجماع فى الحدود والقصاص، فبقى على أصل القياس.

ومن جملة ما عمل فيه بالقياس المنقولات، نحو العُروض والثياب والعبيد والجوارى على قول أبى حنيفة ومحمد وأبى يوسف رحمهم الله الأول، حتى لم يجوّزوا كتاب القاضى إلى القاضى فى هذه الأشياء، ثم رجع أبو يوسف رحمه الله، وقال: يجوز فى العبيد فى الإباق، ولا يجوز فى غيرهم، وعنه رواية أخرى، أنه يجوز فى جميع المنقولات، وبه أخذ بعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله، وحكى عن القاضى الإمام المنتسب إلى إسبيجاب أنه كان يفتى به، وأجمعوا على أنه يجوز كتاب القاضى إلى القاضى فى العقار والديون.

فوجه قول أبى حنيفة ومحمد وأبى يوسف رحمهم الله الأول: وهو الفرق بين الديون وسائر المنقولات أن فى الدين توهم الشركة تمكن فى موضع واحد، وهو المقضى عليه؛ لأنه ربما يتفق رجلان بذلك الاسم والنسب، أما لم يتمكن فى المقضى به، وهو الدين، ولا فى المقضى له، وهو المدعى، فإن كل واحد منهما معلوم، وتمكن[1] الشركة فى المقضى على حالة العذر إذا كان المقضى له والمقضى به معلومًا لا يمنع القضاء، ألا ترى أن جهالة المقضى عليه لايمنع القضاء حالة العذر إذا كان المقضى به، والمقضى له معلومًا، كما لو شهد شاهدان على رجل أنه طلق إحدى امرأتيه قبل الدخول، ومات قبل البيان، فإنه يقضى بسقوط نصف المهر مع أن المقضى عليه بسقوط نصف الصداق مجهول أنها

---

(١) وفى الأصل: ويتمكن.

زينب أو عمرة لما كان المقضى له معلومًا، وهو الزوج والمقضى به معلومًا وهو نصف الصداق.

والمعنى فى ذلك كله أن المقضى به، والمقضى له إذا كان معلومًا كان الرجحان لجانب العلم، والعبرة للراجح فى الأحكام، فأما فى غير العبد[1] فتوهم الشركة تمكن فى موضعين، أحدهما فى المقضى به، وهو العبد، فإنه قد يتفق اثنان من الغلمان فى الاسم والنسب والحلية، وفى المقضى عليه، وهو الذى فى يده العبد، فكان الرجحان لجانب الجهل، فيمنع القضاء.

ألا ترى أن تمكن الجهالة فى موضعين مانع من القضاء، وإن كان الحال حال عذر، بأن كان لرجلين عبدان، لكل واحد منهما عبد على حدة، قال أحدهما: إن لم يدخل فلان هذه الدار اليوم، فعبدى حر، وقال الآخر: إن دخل فلان الدار اليوم، فعبدى حر، ومضى اليوم ولا يدرى أنه دخل أو لم يدخل، وكل واحد ينكر شرط الحنث، فالقاضى لا يقضى بعتقهما، ولا يعتق أحدهما؛ لأن المقضى عليه أحد المولين مجهول، والمقضى به وهو أحد العبدين كذلك، فيترجح جانب الجهل على جانب العلم، فيمنع القضاء كذا هنا، بل أولى؛ لأن قطع الشركة فى المقضى به وهو العبد بالإشارة إليه ممكن؛ لأن العبد يمكن إحضاره مجلس الحكم، بخلاف العقار يجوز فيه كتاب القاضى، وإن كان توهم الشركة ثمّة فى موضعين أيضًا؛ لأنه قد يتفق محدودان بحدٍ واحد وفى المقضى عليه؛ لأنه قد يتفق رجلان بالاسم والنسب؛ لأن قطع هذه الشبهة فى العقار بالإحضار غير ممكن؛ لأنه لا يمكن إحضار العقار، فسقط اعتبار الجهالة فى المقضى به بالإحضار، فكان الشركة ما تمكنت إلا فى موضع واحد، وهو المقضى به، وأنها غير مانعة كما فى الدين.

وجه ما روى عن أبى يوسف رحمه الله: أنه يجوز كتاب القاضى فى العبيد فى الإباق، وأن القياس أن[2] لا يكتب فى العبيد، كما فى سائر المنقولات لما قلتم: إن توهم الشركة يمكن فى موضعين إلا أنا تركنا القياس فى العبد الآبق للضرورة؛ لأن الإباق مما يكثر فى العبيد، وربما لا يكون للمولى شهود فى البلدة التى فيها العبد، ولو لم يجز

---

(١) وظنى أنه الدين.

(٢) وفى الأصل أنه.

كتاب القاضى لبطل حقوق الناس ، ومثل هذه الضرورة لاتتحقق فى الجوارى والدواب ؛ لأن الإباق من الجوارى لايكثر ، وكذلك الند من الدواب من بلدة إلى بلدة لا يكثر ، فيعمل فيهن بقضية القياس .

١٤٤٨٧- وذكر محمد رحمه الله فى كتاب الإباق مسألة تدل على أن كتاب القاضى إلى القاضى فى النقليات جائز ، فإنه ذكر أنه إذا أخذ عبدًا آبقًا وجاء به إلى القاضى ، وأقام البينة على أنه وجده آبقًا ، فأخذه وطلب من القاضى أن يفرض نفقته على مالكه ، فإن علم القاضى أن المصلحة فى بيع هذا العبد ، وحفظ ثمنه على مالكه ، فعل ذلك ، فإذا باعه وأمسك ثمنه فجاء مالكه ، وأتى بكتاب القاضى ليأخذ الدراهم الثمن ، كان له ذلك ، فقد جوّز كتاب القاضى فى الدراهم الثمن ، وأنه منقول .

وتأويل هذه المسألة : أن بيع الآبق من القاضى لما نفذ بولاية شرعية انتقل حق صاحب العبد إلى ثمنه ، وأنه دين على المشترى ، فهو إنما جاء بكتاب القاضى لإثبات أن ذلك الدين حقه ، وكتاب القاضى فى الديون جائزة .

ثم القاضى قبض الدراهم المعين عوضًا عن ذلك ، فإذا أثبت بكتاب القاضى أن ذلك الدين له ، وأراد أخذ الدراهم التى قبضها القاضى ، وقد أجاز قبض القاضى تلك الدراهم عوضًا عن الدين الذى كان هو حقه ، فلا يظهر بهذا أن هذا الكتاب فى العوض ، ويجوز كتاب القاضى فى النكاح والطلاق وفى كل حكم يمكن تحقق شرائط كتاب القاضى فيه من إعلام المشهود به ، وغير ذلك على ما يأتى بيانه جائز .

وفى سائر النقليات إنما لم يجز كتاب القاضى عندهما ؛ لأن إعلام المشهود به فى هذه الأشياء بالإشارة ، ولا إشارة عند الكتاب ، فلا تصح الدعوى والشهادة ، فلم يجز الكتاب .

١٤٤٨٨- ونظير هذه مسألة النسب وصورتها : رجل وامرأة ادعيا ابنًا أو بنتًا عند قاضٍ من القضاة ، وقالا : هو معروف النسب منا ، وهو اليوم فى يد فلان فى بلد كذا ، قد استرقه ، وأقاما البينة عند القاضى ، وطلبا منه أن يكتب لهما بذلك كتابًا إلى القاضى فى ذلك البلد ، لايكتب عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ؛ لأنهما يريدان قطع الملك

والرق الثابت[١] لصاحب اليد بالظاهر، وانتزاعه من يد صاحب اليد بدعوى النسب، فصار كما لو أراد الانتزاع من يد صاحب اليد بدعوى الملك، وثمّة الإشارة من المدعى والشهود شرط لسماع الدعوى والشهادة، ولا يتحقق ذلك فى الغائب، فلا يكتب عندهما لهذا، فكذا هنا.

وعلى قول أبى يوسف رحمه الله: يكتب؛ لأن النسب لا يشار إليه وهو المدعى، فكان كدعوى الدين، وثمّة يكتب، فكذا هذا، وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يكتب فى النسب إلا فى الأبوّة والأمومة والبنوة؛ لأن دعوى هذه الأنساب دعوى حق مقصود، ألا ترى أنه يسمع فيها الدعوى حالة الحياة، وإن لم يدع بسببه مالا أو حقّا، فيمكن إثباتها بالبينة، بخلاف الأخوة والعمومة وأشباهها، إذ ليس فيها دعوى حق مقصود، ألا ترى أنه لا يسمع فيها الدعوى حالة الحياة إلا إذا ادعى بسببها مالا، كالنفقة وأشباهها، فلا يمكن إثباتها بالبينة.

١٤٤٨٩- بعد هذا نحتاج إلى بيان شرائط صحة كتاب القاضى إلى القاضى، فنقول: العلوم الخمسة شرط جوازه، وهو أن يكون الكتاب من معلوم، يعنى القاضى الكاتب إلى معلوم، يعنى القاضى المكتوب إليه، فى معلوم، يعنى المدعى به، لمعلوم، يعنى المدعى على معلوم يعنى المدعى عليه[٢].

أما القاضى الكاتب ينبغى أن يكون معلومًا؛ لأن الحجة كتاب القاضى لا بد وأن يعلم المكتوب إليه أنه كتاب القاضى حتى يقبله، وإعلامه إنما يكون بكتابة اسم القاضى واسم أبيه واسم جده أو قبيلته؛ لأن إعلام الإنسان إذا كان غائبًا هذه الأشياء، وإذا لم يذكر اسم أبيه وجده، لا يحصل التعريف بالاتفاق، وإن ذكر اسم أبيه، ولم يذكر اسم جده، أو قبيلته، فعند أبى حنيفة رحمه الله: لا يحصل التعريف، وسيأتى الكلام فيه بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وإن كان مشهورًا اكتفى بالاسم الذى كان مشهورًا بذلك؛ لأن كتابة ما زاد على ذلك للتعريف، فإذا حصل التعريف بدونه اكتفى بذلك، وكذلك إذا كتب من أبى فلان

---

(١) وفى الأصل والثابت.

(٢) وفى الأصل ففى المدعى عليه.

إذا كان مشهوراً بتلك النسبة، كأبي حنيفة، وكذلك إذا كتب من ابن أبي فلان، وهو مشهور به، كابن أبي ليلى، يكتفى به، ولا يقبل شهادة الشهود على اسم القاضي ونسبه ما لم يكن مكتوبًا في الكتاب؛ لأنهم لو شهدوا على ما في الكتاب بدون الكتاب لا يقبل ذلك منهم، فكذلك على التعريف.

وكذلك إعلام القاضي المكتوب إليه شرط؛ لأنه ما لم يثبت عنده أنه مكتوب إليه لايجب العمل به، بل لا يجوز العمل له به، وإنما يصير معلومًا بما يوجب تعريفه من ذكر الاسم والنسب، على ما ذكرنا، ولا يكتفى بالشهادة على الاسم والنسب إذا لم يكن مكتوبًا لما ذكرنا، وكذلك إعلام المدعي والمدعى به والمدعى عليه شرط؛ لأن كتاب القاضي لنقل الشهادة، وهذه العلوم الثلاثة شرط لصحة الشهادة وإعلام المدعي والمدعى عليه بما يوجب تعريفهما من ذكر الاسم والنسب على حسب ما بينا في القاضي.

ثم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يحصل التعريف بذكر اسمه واسم أبيه، بل يشترط مع ذلك ذكر اسم الجد، وعند أبي يوسف رحمه الله ذكر الجد ليس بشرط، وقول محمد رحمه الله مضطرب، واختلف المشايخ رحمهم الله فيه، بعضهم قالوا: إنه كقول أبي يوسف رحمه الله، وبعضهم قالوا: إنه كقول أبي حنيفة رحمه الله، وجه قول أبي يوسف رحمه الله أنا أجمعنا على أنه يحصل التعريف بثلاثة أشياء: بذكر الاسم والنسب إلى الأب والجد، وقد وجد هنا المثنى، وهو الاسم والنسب إلى الأب، والمثنى أكثر الثلث، وللأكثر حكم الكل في كثير من الأحكام.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن المقصود هو الإعلام والتميز، وذلك لا يحصل بمجرد الاسم والنسبة إلى الأب غالبًا، فإن في الغالب قد يتفق رجلان في الاسم والنسبة إلى الأب، فأما قل ما يتفق الرجلان في الاسم والنسب إلى الأب والجد، فيحصل به الإعلام.

وفي "شرح كتاب الأقضية": أن ذكر الجد عند أبي حنيفة رحمه الله وهو رواية ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله شرط، وفي قول محمد رحمه الله وهو قول أبي يوسف رحمه الله في ظاهر الرواية ليس بشرط، وكان القاضي الإمام ركن الإسلام على السغدي رحمه الله يقول في الابتداء: لا يشترط ذكر الجد، ثم رجع في آخر عمره، وكان يشترط

ذكر الجد[١] ، وهو الصحيح ، وعليه الفتوى .

وإن لم يذكر اسم الجد ونسبه إلى القبيلة ، فإن كان أدنى القبائل والأفخاذ الذين يعرف بذلك ، فقد كفى بلا خلاف ، ويقوم مقام اسم الجد ، لحصول الإعلام به ، فإنه قل ما يتفق اثنان فى أدنى الأفخاذ فى اسمهما واسم أبيهما ، وإن نسبه إلى أعلى الأفخاذ والقبائل ، بأن قال : تميمى أو ما أشبه ، لا يكتفى به ؛ لأنه لا يقع به التعريف فى الغالب ، فصار كأنه قال : عربى أو عجمى .

وإن نسبه إلى بلدة ، ولم ينسبه إلى جده ، ولا إلى قبيلته ، فقال : كوفى ، أو بصرى ، فذاك لا يكفى ؛ لأن الاسم مجمع الألوف ، ولا يحصل به التعريف .

وإن نسبه إلى حرفته وصناعته ، ولم ينسبه إلى القبيلة والجد ، لا يكفى عند أبى حنيفة رحمه الله ؛ لأن الصناعة ليست بشىء لازم ، فالإنسان قد يشتغل بصناعة فى زمان ، ثم يتحول منها إلى غيرها بعد ذلك ، فلا يحصل بها التعريف ، وعندهما إذا كان صناعة يعرف بها لا محالة يكتفى .

وإن ذكر اسم أبيه ولقبه ، وأنه يُعرف بذلك اللقب لا محالة ، فإنه يكتفى وبدون ذلك لايكفى ؛ لأن اللقب ليس بلازم كالصناعة .

وإن ذكر اسمه واسم جده ، ولم يذكر اسم أبيه ، لا يكفى ؛ لأن الإنسان إنما يصل إلى الجد بواسطة الأب ، فلا تصح النسبة إلى الجد بدون النسبة إلى الأب .

وإن كتب من قاضى بلد كذا فلان ابن فلان إلى قاضٍ بلد كذا فلان ابن فلان ، فذلك يكفى بلا خلاف عند بعض مشايخنا ؛ لأنه كونه قاضيًا من الأسباب التعريف ، فيستغنى به عن ذكر الجد ، وعن أبى يوسف رحمه الله آخرًا أنه إذا كتب إلى قاضى بلد كذا ، ولم يذكر اسمه ولا اسم أبيه[٢] ، فذلك يكفى[٣] ؛ لأن القاضى فى كل بلدة معروف ، فيقع الاستغناء عن ذكر الاسم والنسب ، وزاد فى "المنتقى" فى هذه الرواية ،

---

(١) وفى الأصل وكان يقول : يشترط ذكر الجد .

(٢) وفى الأصل ولم يذكر اسمه واسم أبيه .

(٣) وفى م فلذلك يكفى .

فقال : إذا كان تاريخ الكتاب فى ولاية المكتوب إليه[١] ، نفذه المكتوب إليه .

١٤٤٩٠- ولو كتب من فلان ابن فلان قاضى بلد كذا إلى كل من يصل إليه كتابى هذامن قضاة المسلمين وحكامهم ، فذلك لا يجوز فى قول أبى حنيفة رحمه الله ، وفى قول أبى يوسف رحمه الله : يجوز ، والظاهر أن محمداً رحمه الله مع أبى حنيفة رحمه الله ، فأبو يوسف رحمه الله توسع حين ابتلى بالقضاء ، ورأى أحوال الناس ، واستحسن فى كثير من المسائل تسهيلا للأمر على الناس من جملتها هذه المسألة .

قال القاضى : يحتاج إلى الكتابة إلى الآفاق ، ولا يمكنه معرفة اسم قاضى الآفاق ونسبه لبعد المسافة ، فلو شرطنا ذلك ضاق الأمر على الناس ، ألا ترى أنه لو كتب إلى فلان ابن فلان وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين وحكامهم ، فكل من يصل إليه من قضاة المسلمين يعمل به ، وإن لم يكتب اسمه ونسبه ، كذا هنا ، وأبو حنيفة رحمه الله أخذ بالاحتياط ، فإن إعلام الكاتب والمكتوب إليه شرط لصحة الكتابة بالاتفاق ، وتمام الإعلام لا يحصل بهذا القدر ، فلا يصح الكتاب ، بخلاف ما إذا عيّن قاضيًا وعرفه ، ثم كتب : وإلى كل من يصل إليه كتابى هذا من قُضاة المسلمين ؛ لأنه لما عرف الأول صحت كتابة القاضى إليه ، فيجعل المضموم إليه تبعًا له ، فيجوز ، ويجوز أن يصح الشىء تبعًا ، وإن كان لا يصح مقصودًا .

١٤٤٩١- وإن كتب أن لفلان ابن فلان على فلان السندى غلام فلان ابن فلان الفلانى كذا وكذا جاز ؛ لأن تعريف المملوك بالنسبة إلى المالك ، فإذا نسب إلى مالك معروف بالشهرة ، أو ذكر اسم المولى ونسبه إلى أبيه وجده ، أو إلى قبيلته ، فقد تمّ تعريفه بذلك ، وإن ذكر اسم العبد واسم المولى ، واسم أب المولى ، ولم يذكر اسم جد المولى ، ولا قبيلته ، ذكر شمس الأئمة السرخسى رحمه الله : أن ذلك لايكفى ، وذكر شيخ الإسلام رحمه الله : أنه يكفى ؛ لأن التعريف يحصل بذكر ثلاثة أشياء كما فى الحرّ ، وقد وجد ذكر ثلاثة أشياء ، وهو اسم العبد واسم المولى واسم أب المولى .

وإن ذكر اسم العبد واسم المولى إن لم ينسب المولى إلى قبيلته الخاص ، لايكفى ، وإن نسبه إلى قبيلته الخاص ، فعلى قياس ما ذكر شمس الأئمة رحمه الله فى المسألة

---

(١) وفى م فى ولاية المكتوب إليه أبعد ، ولو كتب . . . إلخ .

المتقدمة لايكفى، وعلى قياس ما ذكر شيخ الإسلام رحمه الله يكفى.

وإن كتب أن لفلان على فلان، وهو العبد السندى الحائك الذى فى يدى فلان ابن فلان، أو الساكن فى دار فلان ابن فلان، فذلك لا يكفى؛ لأن التعريف إنما يقع بالنسبة اللازمة، وذلك بالملك دون اليد، لأنها عسى أن يكون بغير حق، وذكرنا أن إعلام المدعى عليه فى كتاب القاضى شرط، وروى عن محمد رحمه الله فى "النوادر" ما يدل على أن إعلام المدعى عليه فى الكتاب ليس بشرط.

١٤٤٩٢- والذى روى عنه: رجل له ضيعة بخراسان، وهو بالعراق، وشهوده على الضيعة بالعراق، فأقام بينة عند قاضى الكوفة أن ضيعة كذا بمرو بحدودها له، وأن له[1] مانعًا منها لايعرفه، فإنه يكتب قاضى الكوفة إلى قاضى مرو، ويكتب فيه: فإذا قدم بالكتاب فكل من منعه من الناس فاقض عليه، قال مشايخنا رحمهم الله: ويجوز أن يكون هذا بالعقار خاصة؛ لأنه ربما لا يعلم بُعد المسافة أن العقار فى يد مَن هو؟ فاستحسن وجوزه للحاجة[2] والضرورة.

١٤٤٩٣- ألا ترى أنه لو شهد شاهدان بملكية العقار لرجل، وشهد آخران أنها فى يد فلان، قضى بها له؛ لما ذكرنا، فأما المدعى به إذا كان دينًا، فهو فى ذمة المدعى عليه، وأنه عالم بذلك، فلم يمس الحاجة إلى ترك إعلام المدعى عليه، فشرط إعلام المدعى عليه، حتى يصير الخصم ومحل وجوب الدين معلومًا.

وذكرنا أيضًا أن إعلام المدعى به شرط، فبعد هذا ينظر إن كان المدعى به دينًا، وكان مكيلا، يذكر جنسه أنه حنطة أو شعير، وبعد ما ذكر الجنس أنه حنطة يذكر النوع أنها سقية، أو برية خريفية، أو ربيعية، ويذكر الصفة أنها حمراء أو بيضاء، جيدة أو ردية أو وسط، ويذكر السبب، وقد مرّ هذه الفصول فى فصل جلوس القاضى أيضًا.

وإن كان المدعى به موزونًا، يذكر جنسه أنه ذهب أو فضة، وإن كان الدعوى فى عقار يذكر موضعها وحدودها الأربعة، ولو ذكر حدين لا يكفى.

وعن أبى يوسف رحمه الله أنه إذا ذكر حدين: أحدهما طولا، والآخر عرضًا

---

(١) وفى الأصل: وإن كان له.

(٢) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم: فاستحسن وجوده للحاجة.

يجوز ؛ لأن به يصير الطول والعرض معلومًا ، وإن ذكر حدين متقابلين لا يجوز ، وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا : إن ذكر حدين متقابلين يجوز ، وإن ذكر حدين متلازقين لا يجوز ، وإن ذكر الحدود الثلاثة ، فذلك يكفى عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله ، وقد مرّ هذا أيضًا فى فصل جلوس القاضى .

وإن كان العقار معروفًا مشهورًا ، كدار الوليد بكوفة ، وكدار الشيخ الإمام أبى بكر محمد بن الفضل البخارى ، لا بد له تعريفه من ذكر الحدود عند أبى حنيفة رحمه الله ، وعند أبى يوسف ومحمد ذكر الحدود فى هذا ليس بشرط ، ويكتفى بذكر اسم الدار ، فأبو يوسف ومحمد رحمهما الله قاسَا شهرة الدار على شهرة الرجل ، والرجل إذا كان مشهورًا يقع التعريف بمجرد الاسم ، فكذا العقار ، وأبوحنيفة رحمه الله يقول : بذكر الاسم عند الشهرة فى العقار يصير أصل العرصة معلومًا ، أما مقدار العرصة لا يصير معلومًا ، والدار مما يزاد فيها وينقص عنها ، وبه لا يتغير الاسم ، وإذا لم يصر المقدار معلومًا تبقى الجهالة ، فلا بد من ذكر الحدود ، وأما الآدمى لا يُزاد فيه ولا ينقص عنه ، فيصير بجملته معلومًا بذكر الاسم إذا كان مشهورًا بذلك الاسم ، فلا حاجة إلى اشتراط شىء آخر ، ومن شرائط صحة الكتاب أن يقرأ القاضى الكتاب على الشهود الذين يشهدهم على الكتاب ، أو يخبرهم بما فى الكتاب ، وأن يختم الكتاب بحضرتهم ، وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله ومحمد ، وهذا بناء على أن عندهما يشترطان يشهد الشهود عند المكتوب إليه بما فى الكتاب ، وإنما يمكنهم الشهادة بما فى الكتاب إذا علموا بما فى الكتاب ، وذلك إما بقراءة القاضى الكتاب عليهم أو بإخباره إياهم بما فى الكتاب ، وكذلك يشترط عندهما أن يشهدوا عند المكتوب إليه أن القاضى الكاتب ختم الكتاب بحضرتهم ، وإنما يمكنهم الشهادة على ذلك إذا ختم بحضرتهم .

وعند أبى يوسف رحمه الله آخرًا : شىء من ذلك ليس بشرط ، بل إذا أشهدهم أن هذا كتابه ، وخاتمه ، وهم شهدوا عند المكتوب إليه أن هذا كتاب القاضى فلان ، وهذا خاتمه ، كفى ، فوجه هذا القول أن المشهود به الكتاب والختم ، وكل ذلك معلوم للشاهد لقول القاضى الكاتب ، ويصير معلومًا للمكتوب إليه بإشارة الشاهد إلى الكتاب والختم ، فلا حاجة إلى اشتراط شىء آخر .

ولهما : أن المقصود من الكتاب أن يقضي المكتوب إليه بما في الكتاب، وإنما يجوز له القضاء بما في الكتاب إذا حصل له العلم بما في الكتاب، وإنما يحصل له العلم بما في الكتاب بشهادة الشهود على ما في الكتاب، أما لا يحصل العلم بمجرد الشهادة على الكتاب والختم؛ لأن الكتاب في يد المدعي، لا يؤمن من التغير والتبديل، والخط يشبه الخط، والختم يشبه الختم، فلا يجوز الاعتماد على مجرد الكتاب بدون الشهادة بما عليه، وإذا ثبت من مذهب أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أن شهادة الشهود بما في الكتاب شرط، ينبغي للقاضي الكاتب أن يدفع إلى الشهود نسخة ما في الكتاب، ليكون عندهم، فيمكنهم الشهادة على ما في الكتاب قبل فتح الكتاب، فما قاله أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله احتياط، وما قاله أبو يوسف رحمه الله : توسع، وكذلك يشترط عند أبي حنيفة رحمه الله أن يحفظ الشهود شهادتهم بما في الكتاب من وقت التحمل إلى وقت الأداء، ولكن هذا الشرط لا يختص بكتاب القاضي، بل في جميع الشهادات يشترط حفظ الشاهد شهادته من وقت التحل إلى وقت الأداء عند أبي حنيفة رحمه الله.

ومن الشرائط عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أن يكون الكتاب معنونًا بأن يكتب فيه هذا كتاب من فلان ابن فلان القاضي إلى فلان ابن فلان القاضي حتى إنه إذا لم يكتب فيه ذلك، وإنما كتب فيه : عافانا الله وإياك، فالقاضي المكتوب إليه لا يقبله، وعند أبي يوسف رحمه الله العنوان ليس بشرط إنما الشرط أن يشهد الشهود أن هذا كتاب القاضي فلان إليك، وختمه، فوجب[1] قوله أن بشهادة الشهود يثبت كون الكتاب كتاب القاضي، فيثبت كون المكتوب فيه مكتوب القاضي، فلا حاجة إلى اشتراط شيء آخر.

ولهما أن الكتاب إذا لم يكن معنونًا فكون هذا الكتاب مكتوب القاضي إلى هذا القاضي لا يكون مكتوبًا في الكتاب، وما لم يكن مكتوبًا في الكتاب لا يثبت بمجرد الشهادة من الشهود عند هذا القاضي إذا لم يكن مكتوبًا في الكتاب، بأن يشهدوا عند هذا القاضي أن فلانًا وفلانًا شهدا عند قاضٍ فلان بهذا الحق لهذا المدعي، فكذا كون هذا الكتاب من الكاتب إلى المكتوب إليه لا يثبت بمجرد شهادة الشهود، وإذا لم يثبت ذلك بشهادتهم، فكأنهم لم يشهدوا، وبدون شهادتهم أن هذا كتاب فلان إليك، فالمكتوب إليه

---

(١) هكذا في ظ وم، وكان في الأصل فوجه.

لا يقبل الكتاب كذا هنا .

وإذا ثبت أن العنوان شرط عندهما ، فنقول : إن كان العنوان فى الباطن وعلى الظاهر ، فالقاضى المكتوب إليه يعمل به ؛ لأنه يعمل به إذا كان العنوان فى الباطن لاغير ، فههنا أولى ، وإن كان العنوان بالباطن لا غير ، فإنه يعمل به ؛ أنه تحت ختمه ، فيؤمن من التبديل والتغير[1] ، ويثبت كونه كتاب القاضى إليه لكون مكتوبًا فى الكتاب كأصل الحادثة .

وإن كان لعنوان على الظاهر لا غير ، فالقاضى المكتوب إليه لا يعمل به ؛ لأنه لا يؤمن من التبديل والتغير[2] ، ألا ترى أن أصل الحادثة إذا لم يكن تحت ختم القاضى ، بأن لم يكن الكتاب مختومًا ، فالقاضى المكتوب إليه لا يعمل به ؛ لأنه لايؤمن التغير والتبديل ، فكذا كونه كتاب القاضى إذا لم يكن تحت خاتمه ، وبعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله اكتفوا بالعنوان الظاهر ، وقالوا : كتابة أصل العنوان إذا لم يشترط عند أبى يوسف رحمه الله فلأن لايشترط عنوان الباطن ، ويكتفى بعنوان الظاهر أولى ، وأخذوا بقول أبى يوسف رحمه الله فى هذا الفصل تسهيلا .

١٤٤٩٤ - ثم إذا أراد القاضى الكتاب يكتب فى العنوان من الجانب الأيمن من الكتاب إلى القاضى فلان ابن فلان الفلانى قاضى كورة كذا ونواحيها نافذ القضاء والإمضاء بها بين أهلها ، ويكتب من الجانب الأيسر من الكتاب من القاضى فلان ابن فلان الفلانى قاضى كورة كذا ونواحيها نافذ القضاء والإمضاء بها بين أهلها ، وإنما يكتب قاضى كورة كذا ، وإن كان التعريف حاصلا بالاسم والنسب ؛ لأنه إنما يقبل كتابه إذا كان قاضيًا ، فأما إذا لم يكن فلا ، ثم يكتب التسمية ثم يكتب بعد التسمية : كتابى أطال الله بقاء فلان القاضى . . . إلخ ، كما هو الرسم فى الكتاب ، ثم يكتب : أما بعد : وهذه كلمة فصل الخطاب ، جاء فى التفسير قول تعالى : ﴿وَآتَيْنَاهُ الْحِكْمَةَ وَفَصْلَ الْخِطَابِ﴾[3] أن المراد من فصل الخطاب كلمة "أما بعد" ، فذكر هذا الفصل بينما تقدم ذكر من الكلام

---

(١) هكذا فى ظ وم ، وكان فى الأصل والتغيير .

(٢) هكذا فى ظ ، وكان فى الأصل : لا يؤمن التبديل والتغيير ، وفى م : لا يؤمن التبديل والتغير .

(٣) سورة ص : الآية ٢٠ .

وبينما تأخر من الكلام، ثم يكتب: حضرني في مجلس قضائي بكورة كذا في يوم كذا من شهر كذا من سنة كذا، أطال الله بقاء القاضي، وإنما يكتب حضرني؛ لأنه يريد حكاية دعوى المدعي، وينبغي أن يكون الدعوى عند القاضي، وكذا شهادة الشهود، حتى يجوز له أن يكتب إلى قاضٍ آخر، ويقول في مجلس قضائي؛ لأن صحة الدعوى يتقيد بمجلس القضاء، هكذا وقع في بعض الكتب، والصحيح أن قوله في مجلس قضائي ليس بأمر لازم، بل إذا كتب في مجلس الحكم في كورة كذا كفاه، هكذا ذكر صاحب "الأقضية" إلا إذا كان بلدة فيها قاضيان، كل قاضٍ على ناحية على حدة، فحينئذٍ يكتب في مجلس قضائي، حتى لا يظن أن القاضي الكاتب كان في مجلس حكم القاضي الآخر، وهو ليس بقاضٍ تلك الناحية.

ويكتب في كورة كذا؛ لما عُرف من اختلاف الروايات أن القضاء هل يتقيد بالمصر؟ ففي ظاهر الرواية: يتقيد حتى لا ينفذ القضاء في الرساتيق، وروى أصحاب الأمالي عن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا يتقيد حتى ينفذ القضاء في السواد، وكتاب القاضي إلى القاضي بمنزلة القضاء من وجه، فيجب أن يكون في المصر، فيكتب كورة كذا، حتى يزول الوهم أن القاضي المكاتب ظن أن القضاء في غير المصر جائز، فيكون غير مجلس القضاء، فيكتب في مجلس قضائي، فإذا كتب في كورة كذا يزول هذا الوهم بعد هذا، المسألة على وجهين:

١٤٤٩٥- إن عرف القاضي المدعي باسمه ونسبه، يكتب: حضرني فلان ابن فلان الفلاني، يذكر اسمه واسم أبيه واسم جده، ويثبت معرفته في الكتب، فيكتب: وقد عرفته بوجهه واسمه ونسبه؛ لأن تمام التعريف بهذا؛ لأن بدون معرفة الوجه لايحصل تمام التعريف، والاسم والنسب أمر لازم للتعريف لمن كان غائبًا، وأنه غائب عن القاضي المكتوب إليه في الحال، وإن لم يعرف القاضي باسمه ونسبه، سأله البينة على اسمه ونسبه، حتى لا يتسمى رجل باسم غيره، فيذهب بحق صاحب الحق، فإذا قامت البينة عنده بشرائطه، كتب: حضرني رجل ذكر أنه فلان ابن فلان ابن فلان، وسألته البينة على الاسم والنسب، فأقام بينة عدولا، وثبت عندي بشهادتهم أنه فلان ابن فلان ابن فلان، وإن كان المدعي لا يقدر على إثبات نسبه بالبينة، كتب القاضي: حضرني مجلس الحكم رجل ذكر أنه فلان، ولم أعرفه، ولم يقم بينة عندي على نسبه،

فيكتب على هذا الوجه حتى إذا أقر المدعى عليه عند القاضى المكتوب إليه باسمه ونسبه كما ذكرنا، وقامت البينة عند المكتوب إليه على اسمه ونسبه أنفذه عليه، ومالا فلا، فبعد ذلك إن حكى المدعى فى الكتاب كان أولى وأبلغ فى الاحتياط، وأوثق فى قلب القاضى المكتوب إليه، فالتعريف ببيان الوصف والهيئة والسيماء يفيد زيادة علم، قال الله تعالى: ﴿وَلَو نَشَاءُ لأَرَيْنَاكُم فَلَعَرَفْتَهُم بِسِيمَاهُم﴾[1].

ثم يكتب من غير خصم أحضره معه ولا وكيل عن خصم أحضره معه؛ لأن كتاب القاضى لإثبات الحجة على الغائب لنقل شهادة الشهود، حتى يقضى القاضى المكتوب إليه عليه بحضرته، ولو كان حاضراً عند القاضى الكاتب، أو كان وكيله حاضراً، يقضى عليه بحضرته، أو بحضرة وكيله، ولا حاجة إلى الكتاب.

ثم يكتب: فادعى على رجل ذكر أنه يسمى فلان ابن فلان ابن فلان الفلانى، وإن كان رجلا مشهوراً لا يحتاج إلى هذا، بل يكتب: فادعى على فلان، ولا بد أن يذكر المدعى أنه غائب عن هذه البلدة مسيرة سفر؛ لأن بين العلماء اختلافًا فى تقدير المسافة التى يجوز كتاب القاضى فيها، ولا رواية لهذه المسألة فى "المبسوط".

وكثير من مشايخنا رحمهم الله قالوا: لا يجوز فيما دون مسيرة السفر، كما فى الشهادة على الشهادة؛ لأن كتاب القاضى لنقل الشهادة، فكان هو والشهادة على الشهادة سواء.

والمعنى فيه أن جواز كتاب القاضى إلى القاضى باعتبار الحاجة، فإنه ربما يتعذر على المدعى الجمع بين خصمه وشهوده لبُعد المسافة، فيحتاج إلى الكتاب، وهذا المعنى لا يتأتى فيما دون مسيرة السفر، وبعض مشايخنا رحمهم الله جوّزوا ذلك، وهكذا ذكر صاحب "الأقضية".

١٤٤٩٦- والذى ذكره صاحب "الأقضية" إذا كان فى مصر واحد قاضيان، كل قاضٍ يقضى على ناحية خاصة دون ناحية صاحبه، حتى صار كل واحد منهما فى ذلك بمنزلة قاضٍ فى مصر على حدة، فيكتب أحدهما إلى صاحبه فى حق الرجل قامت له بينة عليه.

---

(١) سورة محمد: الآية ٣٠.

قال : على قياس قول أبي يوسف رحمه الله آخر المكتوب إليه : يقبل الكتاب إذا شهد عنده شاهدان أنه كتابه وخاتمه ، وعلى قياس قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله : لايقبل ، حتى يشهدا عنده أنه قراءة عليهما ، وأشهدهما على ما فيه ، وختم بحضرتهما ، وهو رواية ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله ، ورواية هشام عن محمد رحمهما الله ، وهكذا ذكر الطحاوي في اختلاف العلماء ، ووجه أن نقل القاضي في حكم القضاء لا في حكم الشهادة .

ألا ترى أنه يختص هذا النقل بولاية القضاء ، ثم يجوز القضاء من القاضيين في مصر واحد ، فكذا هذا ، وإذا كانت المسألة مختلفة لا بد من ذكر الغيبة مدة السفر ليخرج عن حد الاختلاف ، فإذا ذكر ذلك ، ولم يعلم القاضي يسأله البينة على ذلك ، فإذا أقامها كتب القاضي ، وذكر أنه غائب عن هذه البدة مدة سفر ، وكتب ، وقد ثبت عندي غيبته مدة السفر[1] بالبينة العادلة ليعلم القاضي الكاتب أن[2] كتابة الكاتب كانت بشرائطه ، ثم يكتب المدعى به ، ويبالغ في إعلامه على نحو ما بينا ، ثم يكتب وأنه اليوم مقيم بكورة ، كذا يريد به كورة القاضي المكتوب إليه ؛ لأنه لو لم يكن في كورته لا يفيد كتاب القاضي ثم يكتب ، وأنه جاحد دعواه هذه ؛ لأن كتاب القاضي لنقل الشهادة ، والشهادة إنما تقبل على الجاحد ، ثم يكتب ، ويشهد شهود على صحة دعواه ههنا ، ويتعذر عليه الجمع بينهم وبين المدعى عليه ؛ لأن نقل الشهادة إنما يحتاج إليه حال غيبة الشهود عن المدعى عليه ، وتعذر الجمع بين الشهود وبين المدعى عليه ، حتى لا يصل إلى حقهم بالشهادة ، فتمسّ الحاجة إلى كتاب القاضي لنقل الشهادة ، ثم يكتب ، فسألني الاستماع إلى شهادتهم لأكتب بما صح عندي من شهادتهم إلى القاضي فلان ، فأجبت إليه ، ثم يكتب : فأحضرهم وهم فلان ابن فلان يكتب اسم كل واحد منهم ، ونسبه وقبيلته وتجارته إن كان تاجراً ، ومسكنه ومصلاه ومحلته ، فتمام التعريف بذكر هذه الأشياء ثم يكتب فشهد كل واحد منهم بعد الدعوى عقيب الاستشهاد بشهادة صحيحة متفقة اللفظ والمعنى .

وإنما يذكر هذه الأشياء ؛ لأن الشهادة الصحيحة هي التي يجب العمل بها دون

---

(١) وفي الأصل : من السفر .

(٢) هكذا في الأصل وم ، وكان في ظ : أنه .

الفاسدة، هكذا روى عن محمد رحمه الله قالوا: وينبغي أن لا يكتفى بهذا القدر، بل يفسر الشهادة ويبيّنها؛ لأن صحة الشهادة واتفاق المعنى، وموافقة الدعوى فيما ادعى لا يثبت بمجرد خبره؛ لأنه ربما يظنها صحيحة موافقة للدعوى، ويكون فاسدة مخالفة للدعوى، فلا بد من البيان ليكون المكتوب إليه على بصيرة، فينظر إليها، فإن عرفها صحيحة عمل بها، وإن عرفها فاسدة ردها، فلهذا يبين ويفسر شهادته، ويصححها على الوجه الذى ذكرنا فى الدعوى ويبين الدين ويعلمه على نحو ما بينا، ويذكر فى شهادتهم إعلامهم المدعى والمدعى عليه، وإعلام الحاضر بالإشارة وإعلام الغائب بذكر الاسم والنسب، والمدعى حاضر، فإعلامه بالإشارة إليه، والمدعى عليه غائب، فإعلامه بذكر الاسم والنسب، فيكتب شهدوا أن لفلان المدعى هذا على فلان ابن فلان هذا الذى ذكر اسمه ونسبه فى هذا الكتاب فى دعوى المدعى عليه هذا كذا، وكذا يذكر جنس الدين ونوعه وصفته، وقدره، وجميع ما ذكرنا فى الدعوى، ثم يكتب فواجب على فلان هذا تسليم المال إلى هذا المدعى ليقبضه لنفسه.

وقد اختلف المتأخرون فى أنه هل يشترط ذكر هذا؟ والصحيح أنه لا يشترط لأن حاجة القاضى إلى نقل الشهادة، وبيان شهادة الشهود لا إلى بيان حكم ما ثبت عنده من جهة الشهود، وهذا ليس من صلب شهادتهم، ولا يشترط ذكره، ويشترط بيان سبب الدين؛ لما ذكرنا فى الدعوى، ولتكون الشهادة موافقة للدعوى، وإن كانت الدعوى فى العقار يكتب فى شهادتهم العقار يذكر موضعها وحدودها على نحو ما ذكرنا فى الدعوى.

ويذكر أنها فى يد المدعى عليه هذا بغير حق ولا بد للشهود فى العقار أن يشهدوا أنها فى يد هذا المدعى عليه بغير حق؛ لأن المدعى عليه فى العقار إنما ينتصب خصمًا باعتبار يده، فما لم يثبت يده على العقار عند القاضى، فالقاضى لايجعل خصمًا ثم يكتبوا وشهد كل واحد من الباقيين بمثل شهادته هذه، وأشار فى جميع مواضع الإشارات، ولا يكتب عى مثل شهادته؛ لأن كلمة مثل مثله فى الكلام، قال الله تعالى: ﴿لَيسَ كَمِثلِهِ شَيءٌ﴾[1] أى ليس كهو شىء، فيصير هذا شهادة على شهادة الأول، وأنه

---

(١) سورة الشورى: الآية ١١.

لا يقبل ههنا، ولكن يكتب بمثل شهادته كما قلنا .

ثم يكتب : فأتوا بالشهادة على وجهها، وساقوها على سننها، فسمعتها وأثبتها فى المحضر المجلد ديوان الحكم ؛ لأنه ينبغى أن يكون ذكر الدعوى والشهادة مكتوبًا فى بياض، ويكون فى خريطة القاضى حتى يؤمن عن التغير والتبديل، فعسى يحتاج إليه الرجوع إليه حتى يكون عن بصيرة وطمأنينة .

ثم بعد ذلك إن عرف القاضى الشهود أثبت ذلك فى الكتب فيكتب وهم معروفون عندى[1] بالعدالة والرضاء وقبول القول، وإن لم يعرفهم سأل المزكى عن حالهم، والواحد يكفى والاثنان أحوط وأبعد عن الخلاف، فإن أثنوا عليهم بالعدالة، يكتب : ورجعتُ فى التعريف عن حالهم إلى من إليه التزكية والتعديل بالناحية، وهم فلان وفلان، فنسباهم إليه العدالة والرضا، وقبول الشهادة، فإن عدل بعضهم، وجرح البعض، فإنه يكتب اسم من عدلاه ؛ لأن القاضى المكتوب ليه إنما يقضى بشهادة المعدلين، وكذلك يذكر اسم المزكين ؛ لأن العدالة إنما يثبت بقولم، فينبغى أن يعرفهم القاضى المكتوب إليه حتى يعلم أنه هل يجوز الاعتماد على قولهم فى التزكية، وإنما كتب القاضى الكاتب عن السؤال عن الشهود، ويعرف عن حالهم ؛ لأنه لو لم يكتب ذلك احتاج القاضى المكتوب إليه إلى السؤال عنهم حتى يمكنه القضاء بشهادتهم، والسؤال عنهم، وعسى لا يمكنه ذلك فى مصره، فيكتب القاضى ذلك، حتى يعلم القاضى المكتوب إليه أنه لا حاجة إلى السؤال عن حالهم .

١٤٤٩٧- قال الخصاف رحمهم الله فى "أدب القاضى" : ولو يكتب القاضى الكاتب فى الكتاب أسماء الشهود الذين شهدوا عنده، واخفى واكتفى بقوله، شهد بذلك عندى شهود عدول، كفى، قال : وهذا كما قلنا فى القاضى إذا كتب فى السجل إن شاء أظهر فيه أسماء الشهود، وأنسابهم، وإن شاء أخفى، واكتفى بقوله : بعد ما ثبت عندى بشهادة شهود عدول، كذا ههنا .

ثم القاضى الكاتب بعد ما ظهرت عنده عدالة الشهود الذين شهدوا عنده بالحق للمدعى يحلف المدعى، فإن كان المدعى به دينًا يستحلف بالله ما قبضت هذا المال منه،

---

(١) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل : عندنا .

ولا نعلم أن رسولا لك، أو وكيلا لك قبض منه.

أما أصل الاستخلاف مع أنه ليس ههنا أحد يدعيه لأن القاضي نصب ناظرًا لكل من عجز عن النظر لنفسه بنفسه، والغائب عاجز عن النظر لنفسه بنفسه، فينظر له القاضي باستحلاف خصمه هذا، كما نقول: فيمن ادعى دينًا على ميت، وأقام البينة أن القاضي يحلف بالله ما استوفيت هذا الدين، ولا أبرأته منه؛ لأنه الميت عاجز عن النظر لنفسه بنفسه، فينظر له القاضي بالاستحلاف، وإذا استحلفه يحلف بالله ما قبضت هذا المال من هذا المدعى عليه، ولا نعلم أن رسولك، أو وكيلك قبض هذا المال منه، ولا أبرأته، ولا أحلته به على أحد، ولا اغتصبت مثله من جنسه ولا اغتصب به؛ لأن الواحد من هذا لا يجعل براءة المدعى عليه، فيحلفه على جميع ذلك.

١٤٤٩٨- وذكر القاضي أبو على النسفي: الحلف في جميع ذلك على البتات، والأصح ما ذكرنا؛ لأن الحلف على فعل الغير يكون على العلم، وسيأتي بيان ذلك في فصل اليمين إن شاء الله تعالى.

وإذا عرفت حكم الاستحلاف في الدين، فكذا في جميع الدعاوى التي يجوز فيها الكتاب؛ لأن الاستحلاف لنظر الغائب، وأنه موجود في جميع هذه الفصول، ويحتاط القاضي في كل فصل، حتى لا يستحلفه عليّ ما يبطل دعواه، ويذكر في كتابه لاستحلاف المدعى، وكيفية استحلافه، وما كان منه على وجه النظر للغائب ليكون أبلغ في العذر، وأقرب إلى تحقيق معنى العدل، وهذا إذا لم يذهب المدعى بالكتاب بنفسه، بل بعث[1] وكيلا، فأما إذا ذهب بالكتاب بنفسه، فالقاضي الكاتب لا يحتاج إلى هذا الاحتياط، وإلى تحليف المدعى، فإنه لو أراد المدعى عليه استحلافه يمكنه عند القاضي ذلك، ثم يكتب فقبلت شهادتهم قبول مثلها، وسألني المدعى هذا مكاتبه في ذلك، والإشهاد عليه وعلى مضمونه وعلى ختمه، فأجبته إليه لإيجاب العلم للإجابة إليه، فأمرت كتابي هذا هنا إليه ما جرى من عندي ذلك على ما طويت كتابي هذا، وحكيت فيه معلّمًا بذلك إياه، حتى إذا وصل كتابي هذا إليه صحيح الختم، وثبت

---

(١) وفي الأصل: بل يبعث.

عنده[١] من الوجه الذى يوجب العلم قبوله قبله، وقدم فى باب مورده ما يحق لله تعالى عليه تقديمه فيه معانًا بالتوفيق، وإنما يكتب سؤال المدعى؛ لأن القاضى نصب لفصل الخصومات لا لإحياءها، فبيّن أن كتابة هذا الكتاب كان لسؤال المدعى ليكون معذورًا، ولأن كتاب القاضى حق المدعى، وحق الإنسان إنما يوفى بعد طلبه.

١٤٤٩٩- وروى عن محمد رحمه الله: أن القاضى الكاتب يذكر فى الكتاب أسماء الشهود الذين أشهدهم على الكتاب، فيكتب: وأشهدتُ فلانًا وفلانًا على كتابى ومضمونه، وسأختم على كتابى بحضرتهم، والإشهاد على مضمون الكتاب أمر لازم؛ لما ذكرنا أن على قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله القاضى المكتوب إليه لايقبل الكتاب حتى يشهد الشهود على مضمون الكتاب، وكذلك الختم بحضرتهم شرط لازم؛ حتى يمكنهم الشهادة على الختم، فإن الشهادة على الختم شرط عندهما.

واختار بعض المتأخرين كتابة علامة على أوصال قطاع الكتاب، وأنه زيادة لا بأس بها، ولا يحتاج إليها؛ لأن بالختم على الكتاب ينتفى[٢] احتمال إدخال قطعة فيها، وإخراج قطعة عنها، كما ينتفى[٣] احتمال التغير والتبديل، ويوقع القاضى على صدر الكتاب وآخره، كما فى السجلات وغيره، ويكتب فى آخر هذا الكتب: كتب عنى بأمرى بما جرى فيه منى وعندى، وأنه يشتمل على كذا كذا قطعة، وعلى الأوصال على ظاهره مكتوبٌ كذا، وعلى الباطن مكتوب كذا، وسأختم بخاتمى ونقش خاتمى كذا يذكر هذه الأشياء مبالغة فى التوثيق، ولو لم يتوثق به لا بأس به؛ لأن وقع الأمن بسبب الختم عن الاحتمال.

١٤٥٠٠- ثم إذا انتهى الكتاب إلى المكتوب إليه ينبغى للمكتوب إليه أن يجمع بين الذى جاء بالكتاب وبين خصمه بطلبه، ولا ينبغى له أن يقبل البينة على أنه كتاب القاضى إلا ومعه خصمه، وإنما يجمع المكتوب إليه بين المدعى وبين خصمه؛ لأنه يحتاج إلى فصل الخصومة بينهما، وإنما يمكنه ذلك عند حضورهما.

---

(١) وفى الأصل: وقلت: عنده.

(٢) وفى م: ينبغى.

(٣) وفى م: ينبغى.

ثم إذا جمع بينهما والمدعى يدعى حقه عليه يسأل القاضى المدعى عليه فى دعواه، فإن أقر به ألزمه القاضى ذلك بإقراره، ووقع الاستغناء عن الكتاب وإن جحد دعواه، حتى احتاج المدعى إلى إقامة الحجة يعرض الكتاب على القاضى، فإذا عرض، فالقاضى يقول له: ما هذا؟ فيقول: كتاب قاضى فلان، فيقول له القاضى: هات البينة على أن هذا كتاب ذلك القاضى؛ لأن القاضى لا يعرف حقيقة الحال، فيسأله الحجة على ذلك، والحجة الشهادة، ولو قبل الكتاب من غير حضرة خصمه جاز، ولو سمع البينة على أن هذا كتاب القاضى من غير حضرة خصمه، لا يجوز، فحضرة الخصم شرط قبول البينة على الكتاب لا شرط قبول الكتاب، وإنما كان حضرة الخصم شرط قبول البينة على الكتاب؛ لأن القضاء مضاف إلى هذه الشهادة، فلا بد لقبولها من حضرة الخصم، كما لا بد للقضاء من حضرة الخصم؛ لأن هذه شهادة فى حقوق العباد، ولا تقبل الشهادة فى حقوق العباد إلا بحضرة الخصم.

وقول محمد رحمه الله فى الشروط: فإن قبل[1] ذلك وليس معه خصم جاز، أراد به قبول الكتاب، لا قبول البينة على الكتاب، ثم إذا شهد الشهود أن هذا كتاب قاضى فلان مختوم بخاتمه ختمه بحضرتنا، وقرأه علينا، وفسروا ما فى الكتاب على وجه، وشهدوا به، فالقاضى يقبله.

١٤٥٠١- وفى "نوادر ابن رستم": أنه إذا وصل الكتاب إلى القاضى، ينبغى للمكتوب إليه أن يسأل الشهود عن القاضى الكاتب أهو عدل؟ فإن عدلوه عمل به، وقبله، وإن لم يعدلوه لايقبله، ولا يعمل به، وهذا السؤال لازم على الرواية التى يشترط العدالة لصيرورة القاضى قاضيًا، وهو اختيار بعض المشايخ؛ لأن على هذه الرواية ما لم تثبت عدالته لا يثبت أنه كتاب القاضى، فإذا عدلوه ظهر أنه كتاب القاضى، وإذا لم يعدلوه ظهر أنه كتاب غير القاضى، أما على الرواية التى لايشترط العدالة لصيرورته قاضيًا، وعليه الفتوى، هذا السؤال بطريق الاحتياط ليكون أبعد عن الخلاف.

قال ابن رستم: قلت لمحمد رحمه الله: إن قالوا: هو جاهل، قال: إنما أنظر فيما قضى به، فإن كان موافقًا للحق أمضيته.

---

(١) وفى الأصل وم: فإن قيل.

١٤٥٠٢- ثم القاضي إذا قبل الكتاب ما ذا يصنع؟ قال: على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله: يفتحه، والأولى أن يكون الفتح بحضرة الخصم؛ لأن الفتح لإمكان القضاء، وكان كالقضاء، وإن فتح بغير محضر منه جاز؛ لأن الفتح ليس بقضاء حقيقة، ثم إذا فتحه ينظر فيه إن كان ما فيه موافقًا لما شهد به الشهود ختم الكتاب بخاتمه، ووضعه عنده كما يفعل بالسجلات والمحاضر، وإن كان مخالفًا، رد هذه الشهادة، فإذا كان موافقًا سأل عن الشهود أهم عدول إن كان القاضي لايعرفهم بالعدالة.

وذكر الخصاف رحمه الله في "أدب القاضي": أن القاضي لا يفتح الكتاب قبل ظهور عدالة الشهود؛ لأن الفتح للقضاء، وقبل ظهور عدالة الشهود لا يجوز القضاء؛ لأن الشهود ربما لا يعدلون فيحتاج إلى شهود آخرين، ولا يمكنهم أداء الشهادة بعد فتح الكتاب؛ أنه ليس عليه بخاتمه، فيؤدي إلى تضييع الحقوق، وما قال محمد رحمه الله: أصح؛ لأن عندهما الشهادة على ما في الكتاب شرط، فلو لم يصح الكتاب، حتى يشهدوا بما فيه، فإن ماتوا قبل ظهور عدالتهم، أمكن للقاضي القضاء بها؛ لأن الموت بعد تمام الأداء لا يمنع القضاء، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله لما لم يشترط شهادتهم على ما في الكتاب، واكتفى بشهادتهم على الكتاب والختم، لا يحتاج إلى فتح الكتاب قبل ظهور عدالتهم.

وذكر ابن سماعة عن محمد رحمه الله: أن في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله: إذا جاء الرجل بكتاب في حق، ينبغي للقاضي أن يحضر المدعى عليه، فإذا أحضره سأل الذي جاء بالكتاب أهو هذا الذي تدعي عليه؟ فإن قال: نعم، سأله بعد ذلك: أوكيل أنت في الكتاب، أو صاحب الكتاب؟ فإن قال: أنا صاحب الكتاب سأله البينة على أنه كتاب القاضي، وإن قال: أنا وكيل الطالب، وأنا فلان ابن فلان، فإنه يسأله البينة أنه فلان ابن فلان، وأن فلانًا وكّله.

١٤٥٠٣- فرق بين هذا وبينما إذا قال: أنا صاحب الحق، حيث لا يسأله القاضي البينة أنه فلان ابن فلان؛ لأن شهود الكتاب يشهدون أن القاضي الكاتب كتب هذا الكتاب لأجله، وإذا أشاروا إليه وقع الاستغناء عن الاسم والنسب، فأما إذا قال: أنا وكيل فلان فشهود الكتاب لا يشيرون إليه في شهادتهم، بل يشهدون أن القاضي الكاتب

كتب الكتاب لأجل فلان الغائب، وإن كان الغائب وكّل المسمى الاسم والنسب، فلا بد من إثبات اسمه، فلعله وجد الكتاب مطروحًا، فأخذه، وأراد أن يأخذ بحق غيره، فلا بد من إثبات اسمه ونسبه، ومن إثبات الوكالة حتى يصير خصمًا يسمع منه دعوى الكتاب، فإن أقام بينة على الكتاب قبل أن يقضى ببينة وكالته، القياس أن لا تقبل، وهو قول أبى حنيفة رحمه الله، وفى الاستحسان تقبل وهو قول محمد رحمه الله، وعن أبى يوسف رحمه الله روايتان، وسيأتى الكلام بعد هذا إن شاء الله تعالى.

١٤٥٠٤- قال ابن سماعة عن محمد رحمه الله: إذا سمع القاضى البينة على الوكالة والكتاب، فقبل أن تظهر عدالة الشهود عزل القاضى الكاتب، ثم ظهرت عدالتهم، قضى القاضى بالأمرين جميعًا، أما بالوكالة ظاهر، وأما بالكتاب فلأن كتاب القاضى لنقل الشهادة، فحيث شهدوا بالكتاب، وأتوا بجميع الشرائط، فقد تم النقل، فلا يمنع القضاء بعد ذلك لمكان العزل؛ لأن ذلك لا يخل[1] بالنقل الذى تمّ به، وإن عدّلت بينة الوكالة، ولم يعدّل بينة الكتاب، حتى عزل القاضى الكاتب، فأراد الوكيل أن يقيم بينة أخرى على الكتاب والختم، لا يقبل ذلك منه؛ لأن العزل وجد قبل تمام النقل، فصار كالعزل قبل الكتاب، وذلك يمنع الكتاب، فهذا يمنع القضاء به.

١٤٥٠٥- وإن عدّلت بينة الكتاب، ولم يعدّل بينة الوكالة حتى عزل الكاتب، فأراد الوكيل أن يقيم بينة على أن فلانًا قد كان وكّله يومئذٍ، وعدّلت الشهود، قبلت البينة، وقضى بالوكالة؛ لأنه يقضى بالوكالة فى زمان متقدم، وظهر أن بينة الكتاب والختم قامت من الخصم، وهذا التفريع إنما يتأتى على قول محمد رحمه الله، لا على قول أبى حنيفة رحمه الله؛ لأن على قوله البينة على الكتاب قبل القضاء بالوكالة غير مقبولة.

ثم إذا قبل القاضى الكتاب، وفتحه، وأتى بجميع الشرائط على ما بينا، هل يقضى بما فى الكتاب، إن علم القاضى أن الذى جاء بالكتاب فلان ابن فلان الفلانى، أو أقر به الخصم، أو شهد الشهود أنه صاحب الكتاب، يقضى، وإن لم يكن شىء من هذه سأله البينة أنه فلان ابن فلان؛ لأن الكتاب ينطق بالحق لفلان ابن فلان، فلا بد من أن

---

(١) هكذا فى الأصل وم، وكان فى ظ: لا يحل.

يعلم المكتوب أنه فلان ابن فلان، فلعل الذى جاء بالكتاب غير صاحب الحق، سمّى باسم صاحب الحق ليأخذ حقه.

وإن سأل البينة قبل ذلك، فهو أحسن، قصرا للمسافة، وأن المدعى يدعى داراً بالإرث، فالقاضى الكاتب يكتب فى كتابه، وذكر أن فلان ابن فلان ابن فلان مات، فقد ذكر فى تعريف من يتلقى الملك منه بالإرث؛ لأن القضاء بالملك للوارث بجهة الإرث إنما يكون بواسطة ثبوتها للمورث، فلا بد من معرفته ليمكنه القضاء له، ثم ينتقل منه إلى الوارث، وتعريفه بذكر اسمه ونسبه، ثم يكتب وترك داراً بالكوفة فى بنى فلان إلى آخر ما ذكرنا، ثم يكتب، وكانت هذه الدار ملكًا وحقًا لفلان ابن فلان ابن فلان، وفى يده وتحت تصرفه إلى أن توفى، وخلف فلانًا لا وارث له غيره، وترك هذه الدار المحدودة ميراثًا له، ولا ينبغى أن يكتفى بذكر المدعى لا أعلم له وارثًا غيرى؛ لأنه إذا قال: لا أعلم له وارثًا فما ادعى استحقاق جميع الدار لنفسه، بل أظهر الشك فى ذلك بالإضافة إلى علمه، فكيف يقضى له بملكية جميع الدار؟

ثم يذكر: وأتانى فلان المدعى بفلان وفلان، فشهدا أن فلان ابن فلان توفى إلى آخر ما ذكرنا.

١٤٥٠٦- وإذا وقع الدعوى فى العقار، وطلب المدعى من القاضى أن يكتب له بذلك كتابًا، فهذا على وجهين: إما أن يكون العقار فى بلد المدعى، ويكون المدعى عليه فى بلد آخر، وإما أن يكون العقار فى بلد آخر غير البلد الذى فيه المدعى، وأنه على وجهين: إما أن يكون فى البلد الذى فيه المدعى عليه، أو يكون فى بلد آخر غير البلد الذى فيه المدعى عليه، وفى الوجوه كلها القاضى يكتب له بذلك كتابًا؛ لأن العبرة فى هذه الغيبة للمدعى عليه، فبعد ذلك إن كان العقار فى البلد الذى فيه المدعى عليه، ووصل الكتاب إلى المكتوب إليه، فالمكتوب إليه يعمل به بشرائطه على ما بينا، ويحكم به للمدعى، وأمر المحكوم إليه بتسليمه إلى المدعى.

١٤٥٠٧- وإن امتنع المدعى عليه عن التسليم، فإن القاضى يسلم بنفسه؛ لأن العقار فى ولايته، فيقدر على تسليمه، وإن كان العقار فى البلد الذى فيه المدعى، فالقاضى المكتوب إليه بالخيار إن شاء يبعث المدعى عليه، أو وكيله مع المدعى إلى

الكاتب، حتى يقضى له عليه، ويسلم العقار إليه، وإن شاء حكم به لوجود الحجة، وسجّل له، وكتب له قضية العقار ليكون في يده، وأشهد على ذلك، ولكن لا يسلم العقار إليه؛ لأن العقار ليس في ولايته، فلا يقدر على التسليم إلا أن العجز يمنع التسليم، أما لا يمنع الحكم بالملك، فلهذا قال: يحكم بالعقار للمدعى، ولكن لا يسلم إليه، ثم إذا أورد المدعى قضية القاضى المكتوب إليه إلى القاضى الكاتب، وأقام بينة على قضاءه، فالقاضى الكاتب لا يقبل هذه البينة؛ لأنه يحتاج إلى تنفيذ ذلك القضاء، وتنفيذ القضاء بمنزلة القضاء، فلا يجوز على الغائب، ولكن ينبغى للقاضى المكتوب إليه أنه إذا قضى للمدعى، وسجّل له بأمر المدعى عليه أن يبعث مع المدعى أمينًا ليسلم الدار إلى المدعى، فإن أبى ذلك كتب المكتوب إليه إلى الكاتب كتابًا، ويحكى كيفية كتابه الذى وصل إليه، ويخبره بجميع ما جرى بين المدعى وبين المدعى عليه بحضور المدعى، وبحكمه[1] عليه بالعقار، وأمره إياه أن يبعث معه أحدا ليسلم العقار إليه، وامتناعه عن ذلك، ثم يكتب وذلك قبلك، وسألنى المدعى الكتاب إليك، وإعلامك بحكمى له على فلان بذلك لتسليم إليه هذا العقار، فاعمل فى ذلك يرحمك الله وإيانا بما يحق الله عليك، وسلم العقار المحدود فى الكتاب إلى المدعى فلان ابن فلان موصل كتابى هذا إليك، فإذا وصل هذا الكتاب إلى القاضى الكاتب سلّم العقار إلى المدعى، وأخرجه من يد المدعى عليه، وإن كان العقار فى بلد آخر غير البلد الذى فيه المدعى عليه، فالقاضى المكتوب إليه بالخيار، إن شاء بعث المدعى عليه، أو وكيله مع المدعى إلى قاضى البلد الذى فيه العقار، ويكتب إليه كتابًا حتى يقضى للمدعى بالعقار بحضرة المدعى عليه، وإن شاء حكم به للمدعى، وسجّل له، ولكن لايسلم العقار إليه على نحو ما بينا فيما إذا كان العقار فى البلد الذى فيه المدعى، فإذا أراد القاضى أن يكتب فى العبد الآبق عند أبى يوسف رحمه الله كيف يكتب.

١٤٥٠٨ - صورته: إذا كان لرجل بخارى عبدٌ أبق إلى سمرقند، فأخذه رجل سمرقندى، فأخبر به المولى، وليس للمولى شهود بسمرقند إنما شهوده ببخارى، وطلب المولى من قاضى بخارى أن يكتب بما شهد الشهود عنده، فالقاضى يجيبه إلى ذلك،

---

(١) ويحكمه.

ويكتب له كتابًا إلى قاضي سمرقند على نحو ما بينّا في الديون غير أنه يكتب شهد عندي فلان وفلان وفلان أن العبد السندي الذي يُقال له : فلان حليته كذا ، وقامته كذا ملك فلان المدعي هذا ، وقد أبق إلى سمرقند واليوم في يد فلان بسمرقند بغير حق ، ويشهد على كتابه شاهدان يشخصان إلى سمرقند ، ويعلمهما ما في الكتاب حتى يشهدا عند قاضي سمرقند بالكتاب ، وبما فيه فإذا انتهى هذا الكتاب إلى قاضي سمرقند يحضر العبد مع الذي في يديه ، حتى يشهدا عند قاضي سمرقند بالكتاب وبما فيه ، حتى تقبل شهادتهما بالإجماع ، فإذا قبل القاضي شهادتهما ، وثبت عدالتهما عنده فتح الكتاب ، فإن وجد حلية العبد المذكور فيه مخالفًا لما شهد به الشهود عند القاضي الكاتب ، رد هذا الكتاب ، إذ ظهر أن هذا العبد غير المشهود به في الكتاب ، وإن كان موافقًا قبل الكتاب ، ودفع العبد إلى المدعي من غير أن يقضي له بالعبد ؛ لأن الشهود لم يشهدوا بحضرة العبد ، ويأخذ كفيلا من المدعي بنفس العبد ، ويجعل في عتق العبد خاتما من رُصاص حتى لايتعرض له أحد في الطريق أنه سرق ، ويكتب كتابًا إلى قاضي بخاري ، وبذلك يشهد شاهدين على كتابه وختمه ، وما في الكتاب ، فإذا وصل الكتاب إلى قاضي بخاري ، وشهد الشهود أن هذا الكتاب كتاب قاضي سمرقند وخاتمه ، أمر المدعي أن يحضر شهوده الذين شهدوا عنده أول مرة ، فيشهدون بحضرة العبد أنه ملك هذا المدعي ، فإذا شهدوا بذلك ما ذا يصنع قاضي بخاري؟ اختلفت الروايات عن أبي يوسف رحمه الله في بعض الروايات أن قاضي بخاري لا يقضي للمدعي بالعبد ؛ لأن الخصم غائب ، ولكن يكتب كتابًا آخر إلى قاضي سمرقند ، ويكتب فيه ما جرى عنده ، ويشهد شاهدين على كتابه وختمه ، وما فيه ويبعث بالعبد معه إلى سمرقند ، حتى يقضي له قاضي سمرقند بالعبد بحضرة المدعي عليه ، فإذا وصل الكتاب إلى قاضي سمرقند ، وشهد الشاهدان عنده بالكتاب والختم ، وبما في الكتاب ، وظهرت عدالة الشاهدين قضى للمدعي بالعبد بحضرة المدعي عليه ، وإبراء كفيل المدعي .

وقال في رواية أخرى : إن قاضي بخاري يقضي بالعبد للمدعي ، ويكتب إلى قاضي سمرقند حتى يبرئ كفيل المدعي ، وعلى الرواية التي جوّز أبو يوسف رحمه الله في كتاب القاضي في الإماء .

وصورته ما ذكرنا في العبد غير أن المدعي إذا لم يكن ثقة مأمونًا ، فالقاضي

المكتوب إليه لا يدفعها إليه، ولكن يأمر المدعى، حتى يجيء برجل ثقة مأمون فى دينه وعقله يبعث بها معه؛ لأن الاحتياط فى باب الفرج واجب.

١٤٥٠٩- وإذا مات القاضى الكاتب قبل أن يصل الكتاب إلى المكتوب إليه، فالمكتوب إليه لا يعمل بهذا الكتاب عندنا، وقال أبو يوسف رحمه الله فى "الأمالى": يعمل، وهو قول الشافعى رحمه الله، ووجه أن كتاب القاضى إلى القاضى بمنزلة الشهادة على الشهادة؛ لأنه بكتابه ينقل شهادة الشاهدين الذين شهدوا عنده بالحق إلى القاضى المكتوب إليه، والنقل قد تم بالكتابة، فكان بمنزلة شهود الفرع إذا ماتوا بعد أداء الشهادة قبل القضاء، وأنه لا يمنع القضاء.

ولنا: أن القاضى الكاتب وإن كان ينقل شهادة الذين شهدوا عنده، إلا أن هذا النقل حكم القضاء، ألا ترى أنه لا يصح هذا النقل إلا من القاضى، ولم يشترط فيه العدد، ولفظه الشهادة، ووجب على القاضى الكاتب هذا النقل بسماع البينة، وما يجب على القاضى بسماع البينة قضاء، فدلّ أن لهذا النقل حكم القضاء، ولم يتم بعد؛ لأن تمامه يوجب[1] القضاء على المكتوب إليه، ولا يجب القضاء على المكتوب إليه قبل وصول الكتاب إليه، وقبل قراءته، فلم يكن النقل تامّا، فيبطل بموت القاضى، كما فى سائر الأقضية، إذا مات القاضى قبل إتمامهما، بخلاف شهود الفرع إذا ماتوا بعد الشهادة قبل القضاء؛ لأن ما يتوقع من جهتها أداء موجب للقضاء، وقد تمّ أما المتوقع من جهة القاضى الكاتب، نقل[2] موجب القضاء، ولم يتم بعد وزان مسألة الكتاب من مسألة الشهادة إذا قال الشاهد: أشهد، ومات قبل تمام الأداء، وهناك تبطل الشهادة أيضًا.

ولو قبل مع هذا، وقضى به، ثم رفع إلى قاضٍ آخر أمضاه؛ لأن قضاءه صادف محل الاجتهاد، وكذلك الجواب فيما إذا مات بعد وصول الكتاب إليه قبل القراءة؛ لأن وجوب القضاء على المكتوب إليه إنما يكون عند القراءة، وقبل القراءة لم يكن النقل تامّا، فيبطل بالموت.

وأما إذا مات بعد وصول الكتاب والقراءة، فإن المكتوب إليه يعمل به، هكذا ذكر

---

(١) هكذا فى الأصل وم وكان فى ظ: بوجوب.

(٢) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل: فقلّ.

فى ظاهر الرواية، وذكر فى اختلاف زفر ويعقوب عن أبى حنيفة رحمه الله: أنه لا يقضى، والصحيح ما ذكرنا فى ظاهر الرواية؛ لأن المتوقع من قبل القاضى الكاتب نقل الشهادة، وقد تم النقل منه، فموته بعد ذلك لا يضر، والمتوقع من قبل المكتوب إليه القضاء، فإنه حيّ، فأمكن القول بوجوب القضاء عليه.

١٤٥١٠- هذا إذا مات القاضى الكاتب، فإن عزل القاضى الكاتب، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا مات، إذ المعنى لا يوجب الفصل، وأما إذا مات المكتوب إليه، أو عزل، أو استعمل مكانه قاضٍ آخر، فوصل الكتاب إلى الذى استعمل، هل يعمل به؟ ينظر إن كان فى الكتاب: و إلى كل مَن يصل إليه من قضاة المسلمين يعمل به، وإن كان بخلافه[1] لا يعمل به عندنا خلافًا للشافعى رحمه الله، والصحيح قولنا؛ لأن القاضى الكاتب اعتمد على علم الأول، وأمانته، والقضاة يتفاوتون فى أداء الأمانات؛ لأنهم غير معصومين عن الخيانة، فصاروا كالأمناء فى الأموال، وثمّة التعيين صحيح، فكذا هنا، وإذا صحّ التعيين ظهر أن الثانى غير المكتوب إليه، وغير المكتوب إليه لا يملك القضاء بالكتاب، بخلاف ما إذا كان فى الكتاب: وإلى كل مَن يصل إليه من قضاة المسلمين؛ لأن هناك اعتمد على علم الكل وأمانتهم، فكان الكل مكتوبًا إليهم، أما ههنا بخلافه.

١٤٥١١- قال فى كتاب الحوالة: وإذا جاء الرجل بكتاب القاضى إلى قاضٍ آخر، فلم يجد خصمه ثمّة، فسأل الطالب القاضى المكتوب إليه أن يكتب له إلى قاضٍ آخر بما أتاه من القاضى الأول فعل إذا ثبت عنده ذلك، وشرط الثبوت ما ذكرنا، وهذا لأن شهادة الشهود الذين شهدوا عند القاضى الكاتب صار منقولا إلى المكتوب إليه حكمًا، فيعتبر بما لو شهدوا عنده حقيقة، ولو شهدوا عنده حقيقة، وطلب المدعى من القاضى أن يكتب له كتابًا إلى قاضى البلد الذى خصمه هناك، أليس أن يكتب له كتابًا؟ كذا هنا، إلا أن القاضى المكتوب إليه إنما يكتب بقدر ما ثبت عنده، والثابت عنده كتاب القاضى الأول بالحق على الغائب، لا نفس الحق، فيكتب وينسخ كتاب القاضى الأول؛ لأنه هو أصل الحجة، وإن شاء حكاه ذلك فى كتابه.

---

(١) أي: وإن لم يكن فى الكتاب وإلى كل مَن يصل إليه من قضاة المسلمين.

١٤٥١٢- وكذلك إن كان المدعى قال للقاضى الأول : إنى لا أجد من الشهود من يصحبنى إلى بلد الخصم، فاكتب إلى قاضى بلد كذا ليكتب ذلك القاضى إلى قاضى بلد الخصم، إجابة[١] القاضى إلى ذلك، فإن الإنسان عسى يصير مبتلى بهذا، فربما لا يجد من بلد الكاتب قافلة يذهب إلى بلد الخصم، ويجد قافلة من بلدة أخرى يذهب إلى بلد الخصم، ومن هذه البلدة إلى تلك البلدة.

١٤٥١٣- وكذلك على هذا لو مرض الشهود على الكتاب، فأشهدوا[٢] على شهادتهم جاز ذلك، وإذا شهد الفروع على شهادة الأصول على الكتاب بما ذكرنا من الشرائط عند المكتوب إليه، فإنه يقبله؛ لأن الشهادة على الشهادة حجة فى إثبات الحقوق التى تثبت مع الشبهات، وكتاب القاضى إلى القاضى يثبت مع الشبهات، فجاز أن يثبت بالشهادة على الشهادة، فيثبت بشهادة الفروع شهادة الأصول، ويثبت بشهادة الأصول كتاب القاضى إليه.

١٤٥١٤- ولو كان المدعى قال للقاضى الأول : أكتب إلى قاضى مَرو، وإلى قاضى نيسابور حتى أذهب إلى مرو، فإن وجدت خصمى ثمّة وإلا أذهب إلى قاضى نيسابور، فعلى قول أبى يوسف رحمه الله : يجيبه إلى ذلك؛ لأنه توسع فى هذا الباب حتى جوز الكتاب إلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين للحاجة، والجهالة فيه أعظم، فلئن كان يجوز ثمّة، فههنا أولى، وعند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله : لا يكتب على هذا الوجه؛ لأن جهالة المكتوب إليه عندهما مانعة صحة الكتاب، ولو كان كتب إلى قاضى مرو، فوجد الطالب خصمه هناك، وأقام البينة على الكتاب بشرائطه عند قاضى مرو بحضرة المطلوب، ثم هرب المطلوب قبل أن يظهر عدالة الشهود، وذهب إلى سرخس، ثم ظهرت عدالة الشهود، قال أبو يوسف رحمه الله : ليس للقاضى المكتوب إليه أن يكتب إلى قاضى سرخس، وقال محمد رحمه الله : له ذلك.

١٤٥١٥- وهذه المسألة فرع مسألة ذكرها محمد رحمه الله فى "الزيادات"، وهو أن الرجل إذا ادعى على آخر مالا، وأقام البينة بمحضر من المطلوب وجحوده، ثم هرب

---

(١) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل وم : أجابه.

(٢) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم : فما شهدوا.

المطلوب، ليس للقاضى أن يقضى عليه بتلك البينة عند محمد رحمه الله؛ لأن القضاء لإلزام الحق، وليس للقاضى ولاية على الغائب، فلا يصح الإلزام عليه بالقضاء.

ولأنه لم يظهر عجزه عن الطعن بسبب الغيبة، فلعله ذهب ليأت بالدفع، فلايجوز القضاء، وقال أبو يوسف رحمه الله: له أن يقضى عليه بتلك البيّنة؛ لأن حضرة الخصم لأجل سماع البيّنة عليه إنما شرطت للجحود الذى هو شرط سماع البينة، وليصير الحال معلومًا للمدعى عليه، حتى لو كان له دفع يأتى به، وقد جحد ولم يأتِ بدفع حتى هرب، فدلّ على عجزه عن الدفع، فكان للقاضى أن يقضى عليه، وقاسه على ما لو أقر المدعى عليه، ثم غاب، وهناك القاضى يقضى عليه بإقراره، كذا هنا.

ومحمد رحمه الله فرّق بين الإقرار وبين البينة، والفرق أن الإقرار يوجب الحق بنفسه من غير اتصال القضاء به، فلم يكن فى القضاء حال غيبة الخصم إلزام الحكم على الغائب، فأما الشهادة لا توجب الحق بنفسها قبل اتصال القضاء بها، فلو قضى بها حال غيبة الخصم، كان فيه إلزام الحكم على الغائب، وأنه لا يجوز.

ولأنه لو جاز القضاء بالبينة مع غيبة الخصم ينسدّ عليه الطعن فى البينة، فلايقضى حتى لا يفوت حقه فى الدفع والطعن، بخلاف الإقرار، فإنه لا حق له فى الطعن، فإنه لا يتمكن من الطعن فى إقراره، فلم يكن فى القضاء به تفويت حقه فى الدفع والطعن، فلهذا جاز، والظاهر من قول أبى حنيفة أنه مع محمد رحمهما الله.

وإذا كان له أن يقضى مع غيبة المطلوب عند أبى يوسف رحمه الله لا حاجة إلى الكتاب، فلا يكتب، وعند محمد رحمه الله لما لم يكن له أن يقضى، وقد ظهر عنده لأنه متهم[1]، وثبت كتاب القاضى وما فيه، كان له أن يكتب إلى غيره إحياءً لحق المدعى، فإن رجع الطالب إلى القاضى الكاتب الأول، وقال: اكتب لى إلى قاضى بلدة أخرى؛ لأنه لم أجد خصمى فى تلك البلدة، فإنه لا يكتب له فى ذلك، حتى يرد عليه ذلك الكتاب؛ لأنه متهم فيما يقول، إذ يجوز أنه وجد خصمه واستوفى حقه، فلما ارتحل خصمه إلى بلدة أخرى، أراد أن يحتال بهذه الحيلة ليأخذ منه ثانيًا، فيحتاط القاضى، ولا يكتب حتى يرد عليه ذلك الكتاب، فإذا ردّ الآن يكتب، فالإنسان قد يصير مبتلى بهذا، بأن يرتحل

---

(١) هكذا فى الأصل فقط، يعنى لأنه متهم ويثبت كتاب القاضى.

خصمه من بلدة المكتوب إليه إلى بلدة أخرى .

وما ذكرنا من الاحتمال قد زال برد الكتاب ؛ لأن القاضي المكتوب إليه لو أخذ المدعى عليه بحق المدعي ، لا يترك المدعي حتى يذهب بالكتاب ، فيكتب ثانيًا إحياء لحق المدعي .

١٤٥١٦- ولو أن القاضي الكاتب أراد أن يكتب له ثانيًا قبل رد ذلك الكتاب عليه مع أنه ليس له ذلك ، ينبغي أن يبين في الكتاب أنه قد كتب له مرة إلى قاضي بلدة كذا بهذه النسخة ليزول به الالتباس .

وكذلك لو أن الطالب قال : قد ضاع مني الكتاب ، وطلب من القاضي أن يكتب له ثانيًا ، يكتب ، لما قلنا ، ويبين في الكتاب أنه قد كتب له بهذه النسخة مرة ، وأنه زعم أنه ضاع ، حتى يزول به الالتباس .

١٤٥١٧- قال في "أدب القاضي" : وإذا كتب كتابًا بحق لرجل على رجل ، فلم يخرج الكتاب من يده حتى حضر الخصم الذي أخذ الكتاب عليه ، فقدّمه إليه ، فإنه لا ينبغي للقاضي أن يقضي عليه بذلك حتى يعيد المدعي البينة على ذلك بحضرته ؛ لأنه إنما سمع تلك البينة للنقل ، لا للقضاء ، فصار بمنزلة شاهد الفرع إذا تحمّل الشهادة عن الأصل ، ثم استقضى لم يكن له أن يقضي بشهادة الأصل حتى يشهدوا عنده ثانيًا على الحق ؛ لأنه إنما سمع منهم تلك الشهادة ليتحمّل شهادته عليهما ، لا ليقضي بها ، فلم يجز له أن يقضي بها .

وهذا لأن البينة للقضاء شرط صحتها حضرة الخصم ، وتقدير جحوده ، ولم يوجد ، فلا يجوز القضاء بها ، وإن كتب القاضي إلى الأمير الذي استعمله ، أي قلّده وهو معه في المصر أصلح الله الأمير ، وقصّ القصة والشهادة ، وبعث بالكتاب مع ثقة يعرفه الأمير ، فإن أمضاه الأمير فهو جائز ، وإن لم يكن معنونًا ولا مختومًا ، ولا شهد عليه الشهود أنه كتاب القاضي وختمه ، وهذا استحسان ، والقياس أن لايجوز إذا لم يكن عليه عنوان باسم القاضي ، واسم الأمير ، وأسماء آباءهما وأجدادهما ، ولا يكون مختومًا ، ولا شهد عليه شاهدان ؛ لأن الكتاب إذا لم يكن مختومًا لا يؤمن فيه الزيادة والنقصان والتغيير والتبديل .

ولأنه بدون الشهادة والعنوان لا يثبت أنه كتاب القاضي إليه، فوجب أن لا يقبل كما إذا كان الأمير في مصر آخر، وكما في كتاب القاضي إلى القاضي.

وجه الاستحسان: أن كتاب القاضي إلى الأمير في المصر يكثر؛ لأنه يستعين به في كل ما يعجز بنفسه، فلو شرطنا هذه الشرائط أدّى إلى الحرج، بخلاف ما إذا كان في مصرين؛ ولأنه قل ما يتجاسر أحدٌ على التغيير في الكتاب إلى الأمير إذا كانا في مصر واحد؛ لأنهما يلتقيان عن قريب، فيتذاكران ما نقل أحدهما إلى الآخر، فيقفان على التغيير لو حصل، فلايتجاسر أحد على ذلك، بخلاف ما إذا كان في مصر آخر؛ لأنه لا يقف على التغيير، فيبالغ في الاحتياط.

١٤٥١٨- قال في "الأصل": ولا يقبل كتاب قاضي رستاق أو قرية ولا كتاب عاملها، وإنما يقبل كتاب قاضي مدينة فيها منبر وجماعة، وهذا على ظاهر الرواية؛ لأن على ظاهر الرواية المصر شرط لنفاذ القضاء، ولكتاب القاضي حكم القضاء، أما على الرواية التي لم يشترط المصر فيها لنفاذ القضاء، يقبل كتاب قاضي الرستاق، وقاضي القرية، ولو أن رجلا في يديه أمة، أقام الآخر البينة أنها له، وقضى بها القاضي له، فقال الذي في يديه أني اشتريتها من فلان، وهو في بلد كذا، وقد دفعت الثمن إليه، فاسمع شهودي واكتب لي، فإنه يكتب له في ذلك بما يصح عنده؛ لأنه يريد الرجوع بالثمن، وأنه دَين، فصار بمنزلة سائر الديون، فيكتب القاضي، كما يكتب في سائر الديون.

١٤٥١٩- ولو أن جارية في يدي رجل ادعت أنها حرّة الأصل بعد ما أقرت بالرق، وأقامت البينة، قضى القاضي بحريتها، إما لأن التناقض لا يمنع صحة الدعوى في الحرية؛ لأنها لا يحتمل الفسخ، أو لأن دعوى الأمة ليست بشرط لسماع البينة على حريتها، فإن أقام الذي في يديه البينة على أنه اشتراها من فلان الغائب بكذا، ونقده الثمن، وطلب من القاضي الكتاب، يجيبه إلى ذلك؛ لأنه يريد الرجوع بالثمن، وأنه دَين.

ولو أنها لم تقم البيّنة على حريتها، ولكن ادعت الحرية، وأنكرت إقرارها بالرق، ولم يكن لذي اليد بينة على إقرارها بالرق، جعلها القاضي حرة؛ لأنها في يد نفسها، والقول قولها بغير يمين عند أبي حنيفة رحمه الله، خلافًا لهما، فإنهما يحملان عليها

اليمين، فإن قال ذو اليد: إنى اشتريتها من فلان، ونقدتها الثمن، فاسمع من شهودى لأرجع عليه بالثمن، لايجيبه إلى ذلك، بخلاف المسألة الأولى.

والفرق: أن فى هذه المسألة القاضى ما قضى بحريتها، بل تركها على ما كانت، وقد كانت على الحرية بحكم ظاهر الدار؛ لأن الدار دار الإسلام، ومن كان فى دار الإسلام فالظاهر أنها حرة، لكن لم يحكم بحريتها قبل دعواها؛ لأن سكوتها مخالف لذلك الظاهر، فإذا ادعت الحرية فقد تقرر حكم ذلك الظاهر، فتركها القاضى على ما أوجبه الظاهر؛ لا أنه أوجب الحرية بقضاءه، وإذا لم يكن هذا قضاء بالحرية، لم تظهر الحرية فى حق البائع، فلايكون للمشترى حق الرجوع على البائع، أما فى المسألة الأولى: القاضى قضى بالحرية، وأوجبها بالبينة، وأنه قضى على الناس كافة، فيظهر الحرية فى حق البائع، فيستحق لها الرجوع على البائع.

وكذلك إذا ادعت حرية الأصل بعد ما أقرت بالرق، وصدّقها صاحب اليد، لا يرجع المشترى بالثمن على البائع؛ لأن الحرية إنما ظهرت بإقرار صاحب اليد، وإقراره لا يكون حجة على البائع، وكذلك إذا أنكرت الرق ابتداء، وادعت حرية الأصل، حتى كان القول قولها، لا يكون للمشترى أن يرجع بالثمن على البائع، فإن أراد المشترى أن يحلف البائع فى هذين الفصلين ما يعلم أنها حرة الأصل، يريد به الرجوع بالثمن على البائع، فله ذلك؛ لأنه يدعى عليه معنى لو أقر به يلزمه، فإذا أنكر يستحلف، فإن حلف لا شيء عليه، وإن نكل فقد أقر بما ادعاه المشترى، فيلزمه رد جميع الثمن.

فإن قيل: كيف يحلف البائع هنا وأن التحليف يترتب على دعوى صحيحة، ودعوى الحرية من المشترى لم يصح؛ لمكان التناقض، فإن الإقدام على الشراء إقرار بالرق عليها؟

قلنا: لا، بل دعوى الحرية من المشترى صحيح مع تناقضه؛ لما عُرف أن التناقض لا يمنع صحة دعوى الحرية، فلو أن المشترى فى هذين الفصلين لم يطلب تحليف البائع، ولكنه أراد أن يقيم البينة على حريتها، يريد به الرجوع بالثمن على البائع، سُمعت بينته.

١٤٥٢٠- فرق بين هذا وبينما إذا ادعى رجل عينًا فى يدى رجل، وأقر صاحب اليد بالعين له؛ لا يكون لصاحب اليد أن يرجع على بائعه بالثمن، فلو قال صاحب اليد:

أنا أقيم البينة على أنه ملك المدعى، يريد به الرجوع على البائع، لا تُسمع بينته.

والفرق من وجهين: أحدهما: أن فى فصل الاستحقاق بينة المشترى قامت على إثبات ما هو ثابت؛ لأنها قامت على إثبات الملك للمستحق، والملك للمستحق ثابت بإقرار المشترى، فأما فى فصل الحرّية بينة المشترى قامت على إثبات ما ليس بثابت؛ لأن المشترى ببينته يثبت أن البائع غاصب للثمن؛ لأن الحرة لاتدخل تحت العقد أصلا، وبدلها لا يصير ملكًا للبائع، فهو بهذه البينة يثبت أن البائع قبض مال المشترى بغير حق، وهذا هو تفسير الغصب، والغصب لم يكن ثابتًا، أما المشترى فى فصل الاستحقاق لا يثبت غصب البائع الثمن؛ لأنه لا يثبت أن ما أخذه البائع أخذه بغير حق؛ لأن بدل المستحق مملوك، ولكن يثبت الملك للمستحق فى المحل، ليثبت لنفسه حق فسخ العقد، وفيما يرجع إلى الملك البينة قامت على إثبات ما هو ثابت.

١٤٥٢١- الفرق الثانى: أن فى الفصلين جميعًا المشترى متناقض، إلا أن التناقض لايمنع دعوى الحرية، ويمنع دعوى الملك، ولو أن رجلا أورد على قاضٍ كتابًا من قاضٍ على رجل بحق، فوافى البلد، وقد مات المطلوب، فأحضر الطالب ورثة المطلوب، أو وصيّه، وجاء بالكتاب إلى القاضى، وأحضر شهوده على الكتاب بمحضر من الوارث أو الوصى، يقبل الكتاب، ويسمع شهوده على الكتاب بمحضر من الوارث أو الوصى، وينفذ ذلك، سواء كان تاريخ الكتاب بعد موت المطلوب أو قبله؛ لأن الوارث خليفة المورث، والوصى نائب عن الميت، فيكون قائمًا مقام الميت، ألا ترى أن الطالب لو أقام بينة بالحق على الميت، كان الوارث والوصى هو الخصم، كذا هنا.

١٤٥٢٢- وإذا أورد على قاضٍ كتاب قاضٍ آخر بشىء لا يراه هذا القاضى، وهو مما اختلف فيه الفقهاء، فإنه لا ينفذه؛ لأن كتاب القاضى بمنزلة الشهادة على الشهادة، ثم شهود الفرع إذا شهدوا بحق عند القاضى، وهو يرى ثبوت ذلك الحق، وهو مما اختلف فيه العلماء، فإن الرأى فى ذلك إلى القاضى، إن شاء قضى، وإن شاء لم يقضِ، كذا فرّق بين هذا الكتاب وبين السجل، فإنه إذا ورد السجل من قاضٍ إلى قاضٍ آخر، وهو لا يرى ذلك، وهو مما اختلف فيه العلماء، فإنه ينفذه ويمضيه.

والفرق: وهو أن السجل لا يكون إلا بعد القضاء، والقضاء صادف محلا مجتهداً

فيه، فنفذ فلا يكون لأحد بعد ذلك إبطاله، فأما الكتاب يكون قبل القضاء، فكان للقاضي الذي ورد عليه الكتاب أن يتبع رأى نفسه، وإلى هذا الفرق أشار الخصاف رحمه الله في "أدب القاضي"، فقال: لأن كتاب القاضي ليس بقضاء إنما هو بمنزلة الشهادة، ولئن سلّمنا أن كتاب القاضي قضاء إلا أنه ليس بقضاء من كل وجه، بل هو قضاء من وجه دون وجه، فمن حيث إنه قضاء إن كان يجب على الثاني العمل به، فمن حيث إنه ليس بقضاء لا يجب، فلا يجب العمل على الثاني بالشك.

ولو أن رجلا أورد على قاضٍ كتابًا من قاضٍ بحق على رجل، وكان في الكتاب اسم المدعى عليه ونسبه وصناعته وفخذه[1]، وفي تلك الصناعة، وفي ذلك الفخذ اثنان على ذلك الاسم والنسب، لم يقبل القاضي الكتاب حتى يقيم البينة على المطلوب أنه هو الذي كتب فيه الكتاب؛ لأن التعريف لا يقع بهذا، إذ ليس أحدهما بأولى من الآخر، وإن لم يكن في تلك القبيلة أو الصناعة اثنان على ذلك الاسم، أنفذ القاضي الحكم عليه؛ لأنه وقع التعريف بهذا، فإن قال المطلوب: في هذا الفخذ، أو في هذه التجارة رجل آخر على هذا الاسم والنسب، لم يقبل منه، ولم يندفع عنه الخصومة من غير بينة.

وإن قال المطلوب: أنا أقيم البينة بأن في هذا الفخذ، أو في هذه التجارة رجلا على هذا الاسم والنسب، فهذا على وجهين: إن قال: أنا أقيم البينة أن في هذا الفخذ، أو في هذه التجارة رجلا على هذا الاسم والنسب وهو حي، تقبل هذه الشهادة، وتندفع الخصومة عنه؛ لأنه إذا كان فيه رجل آخر بهذا الاسم في الحال، لا يتعين هو المطلوب.

وإن قال: أنا أقيم البينة أنه كان في هذا الفخذ، أو في هذه التجارة رجل على هذا الاسم والنسب، وأنه مات، لم يقبل ذلك منه إلا أن يكون موت فلان بعد تاريخ الكتاب، وشهادة الشهود بالحق في كتاب القاضي ألان يقبل[2]، وتندفع الخصومة؛ لأنه إذا كان فلان مات قبل تاريخ الكتاب، تعين الباقي مطلوبًا، وإذا مات فلان بعد تاريخ الكتاب لم يتعين، فيبقى الاشتباه.

١٤٥٢٣- وإن قال الخصم: أنا فلان ابن فلان الفلاني، وليس لهذا على

---

(١) الفخذ: الأسرة والقبيلة.

(٢) وكان في الأصل وم إلا أن يقبل.

شيء، لم أقبل ذلك منه، ولم يكن في هذا حجة له؛ لأنه أقر أن المكتوب في الكتاب هو، فلا يكون جحوده الحق حجة له، ولو قال: لي حجة أني دفعت المال إليه، أو أبرأني، أو أتى بمخرج قبل القاضي منه؛ لأنه يدعى المخرج منه، وإسقاط الحق، فتقبل حجته على ذلك.

١٤٥٢٤- وإن قال الخصم: لستَ بفلان ابن فلان الفلاني، والقاضي المكتوب إليه لايعرفه، فعلى الرجل الذي أتى بالكتاب أن يقيم البيّنة أنه فلان ابن فلان بعينه؛ لأن القاضي لم يعرف المطلوب، فيحتاج المدعى إلى إقامة البينة على أنه هو بعينه حتى يتمكن القاضي من القضاء عليه، وإن كان الكتاب على ميت، أحضر القاضي بعض ورثته، وسمع من الشهود، وقبل الكتاب؛ لأن بعض الورثة ينتصب خصمًا فيما يدعى على الميت.

١٤٥٢٥- ولو أن هذا القاضي لم يأته الكتاب من القاضي، لكنه أتاه رسالة من القاضي مع رجل بمثل ما يكون في الكتاب، وأشهد على ذلك، لم يقبل القاضي هذه الرسالة.

١٤٥٢٦- فرق بين الرسالة والكتاب، والفرق من وجهين: أحدهما: أن القياس يأبى الرسالة، كما يأبى الكتاب لبعض ما ذكرنا من المعاني في الكتاب، لكن عرفنا جواز الكتاب بالأثر وبإجماع التابعين، ولا أثر، ولا إجماع في الرسالة، فيعمل فيها بالقياس.

الفرق الثاني: أن الكتاب من القاضي الكاتب جعل كالخطاب بنفسه للقاضي المكتوب إليه، والكتاب وُجد من موضع القضاء[1]، فكان الخطاب موجوداً من موضع القضاء، فيكون حجة، أما في الرسالة الرسول ينقل خطاب المرسل، والنقل اقتصر على هذا الموضع، فيثبت خطاب المرسل في هذا الموضع، والمرسل في هذا الموضع ليس بقاضٍ، وقول القاضي في غير موضع قضاءه، كقول واحد من الرعايا.

ونظير هذا ما رُوى عن محمد رحمه الله: أنه قال في مصر فيه قاضيان، في كل جانب منه قاضٍ على حدة، فكتب[2] أحدهما إلى الآخر كتابًا: قبل المكتوب إليه كتابه،

---

(١) وفي الأصل وجد في موضع.

(٢) هكذا في ظ، وكان في الأصل وم فيكتب.

ولو أتى أحدهما إلى صاحبه، وأخبره بالحادثة بنفسه لم يقبل قوله؛ لأن فى الوجه الأول الكاتب خاطبه من موضع القضاء، وفى الوجه الثانى خاطبه من غير موضع القضاء.

وكذلك أن قاضيين التقيا فى عمل أحدهما، أو فى مصر ليس من عملهما، فقال أحدهما للآخر: قد ثبت عندى لفلان ابن فلان الفلانى على فلان ابن فلان الفلانى كذا وكذا، فاعمل بذلك بما يحقُّ لله تعالى عليك، لم يقبل ذلك منه، ولم ينفذه؛ لأن فى الوجه الأول الخطاب والسماع وُجد فى موضع لا ينفذ قضاءه فيه، فصار كخطاب غير القاضى، أو كسماعه، وهو غير قاضٍ، فلا يجوز أن يعتمد فى القضاء به.

وفى الوجه الثانى: الخطاب والسماع وُجدا فى موضع لا ينفذ قضاءه فيه، فكان كخطاب غير القاضى لغير القاضى، بخلاف كتاب القاضى إلى القاضى؛ لأن خطاب الكاتب وُجد فى موضع ينفذ قضاءه فيه، وسماع المكتوب إليه وُجد أيضًا فى موضع ينفذ قضاءه فيه.

١٤٥٢٧- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله: رجل له على رجل غائب مال مؤجل، سأل من القاضى أن يكتب له بذلك كتابًا، فإنه يجيبه إلى ذلك، ويكتب له، ويذكر فيه الأجل على ما شهد به الشهود، وهذا لأن الطالب يحتاج إلى إثبات المال المؤجل، كما يحتاج إلى إثبات المال الحال؛ لأن الدين كما يكون حالا يكون مؤجلا، ولو انتظر محل الأجل عسى يغيب شهوده، فيتعذر له[1] الوصول إلى حقه، فقلنا: بأنه يكتب إحياء لحقه، ولكن ينبغى أن يذكر الأجل فى الكتاب، كما شهد به الشهود، حتى لا يطالبه قبل محل الأجل، فمطلق الدَين ينصرف إلى الحال حتى يثبت فيه التأجيل.

١٤٥٢٨- قال: وإذا ادعى المطلوب أن الطالب قد أبرأنى عن كل قليل وكثير، أو قال: قضيت الدين الذى له علىّ، وأقام على ذلك بينة، وقال للقاضى: إنى أريد أن أقدم البلدة التى فيها الطالب، وأخاف أن يأخذنى بالمال، ويجحد الإبراء أو الاستيفاء، وشهودى ههنا، فاسمع من شهودى، واكتب لى إلى ذلك القاضى، فإنه لا يسمع من شهوده، ولا يكتب له فى ذلك على قول أبى يوسف رحمه الله، وقال محمد رحمه الله:

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم: إليه، وفى حاشية ظ: عليه.

يكتب.

وأجمعوا على أنه لو قال: جحد في الاستيفاء مرة، وخاصمني مرة، فأنا أخاف أن يخاصمني مرة أخرى، فاسمع من شهودي، واكتب لي إلى قاضي ذلك البلد أنه يكتب، فوجه قول محمد رحمه الله: إن جواز كتاب القاضي إلى القاضي باعتبار الحاجة، والحاجة هنا ثابتة، فإنه لو حضر ذلك البلدة، ربما يأخذه الطالب بالمال، وليس له ثمّة شهودٌ على الإبراء، فيحتاج إلى العود إلى بلد الشهود، وإقامة الشهود عند القاضي، وأخذ الكتاب منه، وفيه من الحرج ما لا يخفى على أحد.

وأبو يوسف رحمه الله يقول: قبول البينة يعتمد جحودًا حقيقة، أو جحودًا مخبرا به، ولم يوجد كلاهما، بخلاف ما إذا قال: جحدني الاستيفاء مرة أخرى؛ لأن الجحود صار مخبرا به إن لم يوجد حقيقة، فالحاصل: أن حقيقة الجحود من الحاضر تشترط[١] لسماع البينة عليه؛ ليقضي عليه، ومن الغائب يشترط[٢] خبر الجحود من الحاضر ليسمع البينة عليه، ويكتب.

ولأن القاضي نصب لفصل الخصومات، لا لتهييجها، وفي هذا تهييج الخصومة؛ لأن الخصومة ما توجهت بعد، فلهذا لا يجيبه إليه، ألا ترى أن الطالب لو كان حاضرًا، وقدّمه المطلوب إلى القاضي، وادعى عليه الإبراء أو الاستيفاء، وطلب من القاضي أن يسأله عن ذلك، حتى لو أنكر أقام عليه البينة، فإنه لا يجيبه إلى ذلك، فلما لم يسمع منه ذلك حال حضرته، فحال غيبته أولى، بخلاف ما لو قال: خاصمني مرة؛ لأن هناك الخصومة قد هاجت، فكان الكتابة لفصلها.

فرّقوا بين مسألة الاستشهاد وبينما إذا أحضرت المرأة زوجها إلى القاضي، وقالت: إنه طلقني ثلاثًا، وانقضت عدتي، فتزوجت بزوج آخر، وإني أخاف أن ينكر الطلاق بعد ذلك، فاسأله حتى إذا أنكر أقمت عليه البينة، فإن القاضي يسأله، والفرق ظاهر، وهو: أن القياس فيهما واحد، وهو ما ذكرنا، إلا أنا تركناه ثمّة احتياطًا؛ لأن الباب باب الفرج، والاحتياط في باب الفرج واجب، وأما في باب المال الاحتياط ليس

---

(١) وفي الأصل يشترط وفي م يشرط.

(٢) وفي الأصل: يشرط.

بواجب.

١٤٥٢٩- ومن جنس مسألة دعوى الإبراء على الغائب مسألتان أخراوان: إحداهما: مسألة الشفعة، وصورتها: رجل قال للقاضي: إني اشتريت دارًا، وفلان الغائب شفيعها، وقد سلّم الشفعة، وأخاف أني إذا ذهبت ثم يأخذني بالشفعة، وينكر التسليم، وطلب منه أن يسمع البينة على التسليم، ويكتب ذلك، فهو على الخلاف الذى قلنا.

١٤٥٣٠- الثانية: مسألة الطلاق، وصورتها: امرأة قالت للقاضي: طلقني زوجي ثلاثًا، وهو في بلد كذا اليوم، وأنا أريد أن أذهب إلى تلك البلدة، وأخاف أن زوجي ينكر طلاقي، فاسمع من شهودي، واكتب إلى قاضي تلك البلدة، فالقاضي هل يجيبها؟ فهو على الخلاف الذى ذكرنا، فإن كان هذا الذى حضر القاضي أخبره عن الجحود والخصومة مرة، سمع بينته، وكتب له بذلك بلاخلاف.

١٤٥٣١- ولو كان الطالب أبرأ المطلوب عند القاضي، أو كان الشفيع سلّم الشفعة عند القاضي، أو كان الزوج طلّق المرأة عند القاضي، فالقاضي يكتب ما سمع منهم، وهذا على أصل محمد رحمه الله ظاهر؛ لأن العلم الحاصل بالمعاينة فوق العلم الحاصل بالبينة، فلما كان القاضي يكتب ثمّة، فهنا أولى، قالوا: وعلى قياس قول أبي يوسف رحمه الله ينبغي أن لا يكتب لما مرّ.

وإذا أراد القاضي أن يكتب بعلمه، فاعلم بأن كتاب القاضي بعلمه بمنزلة قضاءه بعلمه؛ لأن كتاب القاضي له حكم القضاء من وجه، ففي كل موضع جاز له أن يقضي بعلمه جاز له أن يكتب بعلمه، وقد ذكرنا فصل القضاء بالعلم قبل هذا ما فيه اتفاق وما فيه خلاف، فهذا بناء على ذلك، إلا أن في فصل الكتابة اختلف المشايخ رحمهم الله على قول أبي حنيفة رحمه الله في صورة، وهو ما إذا علم بالحادثة قبل ان استقضى، ثم استقضى بعضهم، قالوا: لايكتب بذلك العلم، كما لا يقضي بذلك العلم، وبعضهم قالوا: يكتب.

وفرّق هذا القائل على قول أبي حنيفة رحمه الله بين الكتابة والقضاء، والفرق أن جواز القضاء يبتنى على علم القضاء، والعلم الحاصل قبل الاستقضاء علم شهادة، لا

علم قضاء، أما جواز كتاب القاضى لا يبتنى على علم القضاء، بل يكتفى به بعلم الشهادة، ألا ترى أنه لو شهد عند القاضى شاهدان، وكتب ثم حضر المكتوب عليه، ليس له أن يقضى بذلك العلم، وقد جاز له الكتابة به، عُلم أن جواز الكتابة لا يبتنى على علم القضاء.

قال محمد رحمه الله فى كتاب الوكالة: رجل وكّل رجلا بالخصومة فى دار فى غير مصره، يقبضها أو بإجارتها، وأراد كتاب القاضى، فالقاضى يكتب له فى ذلك؛ لأن الوكالة تثبت مع الشبهات، فيثبت بكتاب القاضى إلى القاضى، فبعد ذلك إن كان القاضى عرف الموكل، أثبت معرفته، وإن لم يعرف يكتب، وقد سألته البينة على أنه فلان ابن فلان على نحو ما بينّا، ثم يكتب: وقد وكّل فلان ابن فلان يذكر اسم الوكيل ونسبه[1] على ما قدّمنا من رسم الكتابة، فإن كان وكّله بقبض الدار، يكتب وكّله بقبض داره التى بالكوفة فى بنى فلان، وإن كان وكله بالخصومة فيها، يكتب: وكّله بالخصومة فى داره التى بالكوفة.

والحاصل أنه ينبغى للقاضى أن يذكر فى الكتاب ما يوكله به؛ لأنه هو المقصود، ثم إن كان الوكيل حاضراً جاز زيادة فى التعريف، وإن ترك لم يضره، وإن كان غائبًا بالكوفة يكتب: وكّل رجلا ذكر أنه فلان ابن فلان ابن فلان الفلانى، فهذا إشارة إلى أن توكيل الغائب صحيح، وهو المذهب لعلمائنا رحمهم الله، إلا أنه لا يلزم الوكيل قبل قبوله دفعًا للضرر عنه، كما فى توكيل الحاضر.

ثم إذا وصل الكتاب إلى المكتوب إليه، فالقاضى يُحضر الذى فى يديه الدار، ويسأل البينة على الكتاب، والخاتم بحضرته، ويفتح الكتاب بعد ما قامت البينة عليه، ويقرأ على الشهود حتى يشهدوا على ما فيه، وبعد ما ذكر سأل الوكيل البينة أنه فلان ابن فلان ابن فلان، فإن أقامها سأل الذى فى يديه الدار، فإن أقر بها للموكل أمره بدفعها إليه، وإن سأل الوكيل البينة أنه فلان ابن فلان ابن فلان قبل أن يسأل البينة على الكتاب[2] فحسن، وهذا على قول محمد رحمه الله، أما على قول أبى حنيفة رحمه الله: ينبغى أن

---

(١) هكذا فى الأصل وم، وكان فى ظ: ونبّه.

(٢) وفى الأصل: على الكتابة.

يسأل الوكيل أنه فلان ابن فلان ابن فلان الفلانى، ثم يسأل البينة على الكتاب، وقد ذكرنا جنس هذا فيما تقدم، وكذلك الجواب فى الوكالة فى الدواب والرقيق والعروض والوديعة والدين؛ لأن الوكالة جائزة فى جميع هذه الأشياء، فيقبل فيها كتاب القاضى إلى القاضى.

قال: وللوكيل بالخصومة فى الدار أن يخاصم من نازعه عملا بإطلاق التوكيل، ولو كان الموكل سمى رجلا بعينه، فليس له أن يخاصم غيره؛ لأن التعيين فى الخصومة مفيد، فلعل الموكل عرف أن الوكيل يقدر على الخصومة مع هذا الرجل، ولا يقدر عليها مع رجل آخر، وليس للوكيل بالإجارة إلا أن يؤاجر الدار، ويكون خصمًا لمن آجرها منه؛ لأن حقوق العقد ترجع إلى العاقد، وهو العاقد، ولا يكون له أن يخاصم مع غيره؛ لأنه لم يوكله بالخصومة مع غيره.

١٤٥٣٢- قال: وإذا وكّلت المرأة بمهرها ونفقتها وكيلا، وطلبت من القاضى كتابًا فى ذلك، ينبغى للقاضى أن يذكر فى كتابه: وذكرتْ أن لها على زوجها فلان ابن فلان من المهر كذا، وقد وكّلت فلان ابن فلان بقبض ذلك من زوجها، وبالخصومة فيه إن أنكر، وإنما يكتب: وبالخصومة فيه تحرزًا عن قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله؛ لأن عندهما الوكيل بقبض الدين لا يملك الخصومة، ويكتب أيضًا: وكّلته بطلب نفقتها من زوجها، وبالخصومة فيها، فإذا وصل الكتاب إلى القاضى يحضر الزوج، ويسأل عن المهر، فإن أقر به أمر بدفعه إلى الوكيل.

ولو كانت وكلته بمهرها، وبالخصومة فى نفقتها حتى يفرض لها كل شهر نفقة مسماة، وكل سنة كسوة مسماة، فإذا وصل الكتاب إلى المكتوب إليه، لا تقبل البينة إلا بحضرة الزوج؛ لأنه هو الخصم، فإذا ثبت ذلك عنده سأله من المهر، فإن أقرّ به أخذ منه، ويفرض من النفقة والكسوة ما يصلحهما؛ لأن الموكلة لو حضرت وطالبته بذلك، وثبت النكاح بالمهر عند القاضى، أمره بأداء المهر، وفرض عليه نفقتها، وكذلك يفعل ذلك بخصومته عنها بوكالتها.

١٤٥٣٣- قال فى "كتاب الأقضية": وإذا وكّل الرجل رجلا بالخصومة فى عيب خادم اشتراه، وأخذ بذلك كتاب القاضى لم يجز؛ لأن الخادم لا يرد حتى يحضر

الموكل، وهو المشتري، فيحلف بالله ما رضي بالعيب، وذلك لأنه لو لم ينتظر يمين الموكل، ورد بالعيب يلحق البائع ضرر لا يمكن تداركه؛ لأن الفسخ ينفذ ظاهراً وباطناً، فلا يقع التدارك بالنكول، بخلاف فصل الدين، وقد ذكرنا ذلك في موضعه، فلهذا لا يرد، فإذا لم يذكر للوكيل ولاية الرد إلى أن يحضر، ثم ذكر هنا أن الوكيل لا يملك الرد بالعيب إلى أن يحضر المشتري، ويحلف بالله ما رضي بالعيب، وإن لم يدع البائع رضى المشتري، هكذا ذكر الخصاف رحمه الله والجصاص، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله.

١٤٥٣٤- وذكر محمد رحمه الله في "المبسوط": أن الوكيل يملك الرد بالعيب إلا إذا ادّعى البائع رضى المشتري، وجه ما ذكر هنا أن على القاضي صيانة قضاءه عن النقض، وجميع أنواع الشبه، وصيانة حق العباد، وذلك بانتظار يمين المشتري، واعتبر بما إذا أراد المشتري الرد بالعيب بعد موت البائع، فإن القاضي يستحلف المشتري بالله ما رضي بالعيب، وإن لم يدع الوارث ذلك.

وجه ما ذكر في "المبسوط": أن القاضي نصب لفصل الخصومات، لالإنشاءها، وفي الاستحلاف بدون طلب المدعى إنشاء الخصومة، وهذا لايجوز، ألا ترى أنه لا يستحلف الولي في باب القصاص بالله ما عفى بدون طلب القاتل، والقصاص مما يندرئ بالشبهات، فلأن يستحلف هنا أولى.

ولأن الاستحلاف لنظر البائع، والبائع قادر على النظر لنفسه، بأن يدعى الرضاء على البائع، فإذا ترك الدعوى لم ينظر لنفسه، فلا ينظر له، بخلاف المسألة التي استشهد بها؛ لأن الميت عاجز عن النظر لنفس، والقاضي نصب ناظراً لكل من عجز عن النظر لنفسه، فلهذا يستحلف له.

١٤٥٣٥- الوالي على بلدة من بلاد المسلمين أو على ناحية من بلاد المسلمين إذا أراد أن يكتب الكتاب الحكمي، فإن كان الخليفة قد ولاه القضاء جاز، وإن لم يولّه لم يجز، وهذا لأن الولاية تقبل التخصيص والتعميم، فينظر إلى سببها، وهو التقليد، فإن كان التقليد خاصّاً يتخصص ولايته، وإن كان عامّاً يتعمم[1] ولايته، وإن لم يكن فيه ما

(١) هكذا في م، وكان في ظ: بتعميم وفي الأصل: يتعمم.

يدل على التعميم لايتعمم ولايته؛ لأنه عديم الولاية فى الأصل، فإنما يثبت له بقدر ما أثبت له، وإذا لم يدخل القضاء فى ولايته لا يصح فيه الكتاب الحكمى، إنما يصح ممن يصح منه القضاء؛ لأن له حكم القضاء.

١٤٥٣٦- ولو كان هذا الوالى قلّد إنسانًا، وأجاز له أن يقضى، هل يقبل كتاب هذا القاضى؟ ينظر إن كان الخليفة أذن لهذا الوالى بالتقليد، قُبل كتابه، وما لا فلا؛ لأنه إذا لم يؤذن بالتقليد لم يصح منه التقليد، ولم يصر المقلَّد قاضيًا، وكتاب غير القاضى لا يقبل، فأما إذا فوض إليه التقليد صح منه التقليد، وصار المقلد قاضيًا، فيقبل كتابه.

ذكر فى "كتاب الأقضية": إن كتب الخليفة إلى قُضاته إذا كان الكتاب فى الحكم بشهادة شاهدين شهدا عنده بمنزلة كتاب القاضى إلى القاضى، لا يقبل إلا بالشرائط التى ذكرناها.

وأما كتابة أنه ولّى فلانًا، أو عزل فلانًا، يُقبل عنه بدون تلك الشرائط، ويعمل به المكتوب إليه إذا وقع فى قلبه أنه حق، ويمضى عليه، وهو نظير كتاب سائر الرعايا بشىء من المعاملات، فإنه يقبل بدون تلك الشرائط، ويعمل به المكتوب إليه إذا وقع فى قلبه أنه حق، كذا هنا.

١٤٥٣٧- قال فى الأصل: ولا تقبل شهادة أهل الذمة على كتاب القاضى، والمعنى فى ذلك أنهم يشهدون على فعل المسلم، وهو القاضى، وشهادة أهل الذمة لاتكون حجة فى إثبات فعل المسلمين.

١٤٥٣٨- وفى "نوادر ابن سماعة" عن أبى يوسف رحمه الله: رجل جاء بكتاب قاضٍ إلى قاضٍ، وقبل المكتوب إليه الكتاب، وشهد الشهود على الكتاب، ثم قدم بينة صاحب الحق على أصل الحق مصر المكتوب إليه، فإن المكتوب إليه لا يعمل بالكتاب، ويأمر الطالب أن يحضر البينة على أصل الحق من قبل أن كتاب القاضى إلى القاضى بمنزلة الشهادة على الشهادة، وشهود الأصل إذا حضروا بأنفسهم لم تقبل شهادة الفروع على شهادتهم، كذا هنا، وفى "المنتقى": ويكتب القاضى فى كتابه الشهادة على الشهادة كما يكتب[1] الشهادة.

---

(١) وفى الأصل تكتب.

١٤٥٣٩- ذكر الخصّاف رحمه الله في "أدب القاضي" : إذا انكسر خاتم القاضي الذي على الكتاب ، أو كان الكتاب منشوراً ، وفي أسفله خاتم القاضي ، فإن القاضي المكتوب إليه يقبل الكتاب إذا شهد الشهود أن هذا كتاب قاضٍ فلان ، وأنه قرأه عليهم ، قال الخصاف رحمه الله عقيب هاتين المسألتين : وهذا قول أبي يوسف رحمه الله ، فأما على قول أبي حنيفة رحمه الله ومحمد : القاضي المكتوب إليه لا يقبل الكتاب إذا لم يكن مختومًا غير أن أبا يوسف رحمه الله يقول : إذا كان الكتاب غير مختوم ، لا تصح الشهادة على الكتاب ما لم يشهد الشهود بما في الكتاب ؛ لأنه إذا كان غير مختوم ، فهو بمنزلة الصك ، وعلم الشهود بما في الصك شرط صحة الشهادة عنده ، وإذا كان الكتاب مختومًا ، فعلم الشهود بما في الكتاب ، وشهادتهم على ما في الكتاب ليس بشرط .

ذكر الفقيه الإمام أبو بكر الرازي والشيخ الإمام شمس الأئمة رحمهما الله : أن قبول الكتاب مع كسر الخاتم قولهم جميعًا ؛ لأن هذا مما يبتلى به الناس ، قالا رحمهما الله : والإضافة إلى أبي يوسف من الخصاف رحمه الله يحتمل أن يكون منصرفًا[1] إلى المسألة الثانية ، وهو ما إذا كان الخاتم في أسفل الكتاب ، ولكن هذا ليس بصواب ، فقد ذكر الحسن ابن زياد في كتاب الاختلاف : إذا انكسر خاتم القاضي الذي على الكتاب ، فالقاضي المكتوب إليه لا ينفذه عند أبي حنيفة وزفر رحمهما الله ، كما إذالم يكن مختومًا في الأصل ، وكان القاضي الإمام أبو على النسفي رحمه الله يقول : كنا نظن أن كتاب القاضي إذا لم يكن مختومًا لا يقبل عند أبي يوسف رحمه الله حتى وقفنا على رواية الخصاف رحمه الله أنه يقبل ، والرواية هذه ؛ لأنه إذا انكسر خاتم القاضي ، أو كان الخاتم في أسفل الكتاب ، كان كأنه لم يختم ، ومع هذا جاز قبوله ، وقد ذكرنا رواية الحسن بن زياد عن أبي يوسف رحمهما الله في هذا نصّا[2] .

قال أبو يوسف رحمه الله : ويكتب القاضي بشاهد واحد إلى قاضٍ آخر ، يريد به أنه يجوز نقل شهادة شاهد واحد بالكتاب ، وهذا لأن كتاب القاضي إنما جوّز باعتبار الحاجة ، وقد تمس الحاجة إلى هذا بأن يكون أحد شاهدي المدعي ههنا ، والشاهد الآخر

---

(١) وفي الأصل متصرفًا .

(٢) هكذا في ظ ، وكان في الأصل وم أيضًا .

فى بلد المطلوب، فيحتاج إلى شهادة هذا الشاهد، حتى ينضم معه شهادة ذلك الشاهد الذى فى بلد المطلوب.

١٤٥٤٠- إبراهيم عن محمد رحمه الله : إذا غلب الخوارج على بلده، واستقضوا عليه قاضيًا من أهل البلدة، فكتب هذا القاضى كتابًا إلى قاضى أهل العدل، فإن كان المطلوب إليه يعلم أن الشهود الذين شهدوا عند الكاتب من أهل البغى لايقبل الكتاب؛ لأن الكتاب لنقل الشهود وأولئك الشهود لو حضروا عند هذا القاضى، وشهدوا لا تقبل شهادتهم لفقه، وهو أن الخوارج يستحلون دماءنا وأموالنا، فلو قبلنا شهادتهم علينا ذهبوا بدماءنا وأموالنا، وإذا لم تقبل شهادتهم لو حضروا، فكذا لا يعمل بشهادتهم إذا صارت المنقولة إليه، وإن كان يعلم أن الشهود من أهل العدل قبل الكتاب، وإن لم يعلم أنهم من أهل العدل، أو من أهل الخوارج لا يقبل الكتاب؛ لأن على أحد الاعتبارين لا يقبل، فلا يقبل بالشك[1]، أو نقول: من كان فى منعة الخوارج، فالظاهر أنه منهم -والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب-.

(١) وفى الأصل بالثلث.

الفصل الخامس والعشرون
في اليمين

١٤٥٤١- يجب أن يعلم بأن الاستحلاف في الدعاوى مشروعة تثبت مشروعيته بالسنة، وهو قوله ﷺ: «البينة على المدعى واليمين على من أنكر»[١]، وقوله ﷺ في قضية الحضرمى والكندى للمدعى منهما[٢]: «ألك بينة فقال لا فقال لك يمينه»[٣]، والمعنى فيه أن المدعى يزعم أن المدعى عليه أتوى حقه بإنكاره، فالشرع شرع اليمين في جانب المدعى عليه حتى إن الأمر إن كان كما زعم المدعى كان هذا إتواء للمدعى عليه؛ لأن اليمين الكاذبة مُهلكة للنفس والمال جميعًا، فيكون إتواءان[٤]، وإن كان الأمر كما زعم المدعى عليه، فالمدعى عليه بيمينه يدفع خصومة المدعى عن نفسه من غير ضرر يلحقه، فيتحقق العدل والإنصاف.

١٤٥٤٢- بعد هذا يحتاج إلى بيان موضع شرعيته وصفته وكيفيته، أما بيان موضع شرعيت فنقول: الدعاوى نوعان: صحيحة وفاسدة، والاستحلاف إنما يجرى في الصحيحة منهما، لا في الفاسدة.

---

(١) أخرجه البخارى في "صحيحه" (٢/ ٩٣١): باب ما جاء في البينة، كتاب الشهادات، والترمذى في "سننه" (١٣٤١-١٣٤٢) في ترجمة الباب: باب ما جاء في أن البينة على المدعى اليمين على المدعى عليه، وأبو عوانة في "مسنده" (٤/ ٦٢)، والبيهقى في "الكبرى" (٢٠٩٩٠ و٢٠٩٩٥ و٢٠٩٩٧)، والدارقطنى في "سننه" (٨-٤/ ١٥٧)، والشافعى في "مسنده" (١/ ١٩١)، وابن ماجه في "سننه" (٢/ ٧٧٨): باب البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه.

(٢) أخرجه البخارى في "صحيحه" (٢٢٨٥ و٢٥٢٣ و٦٧٦١) من حديث عبد الله بن مسعود، ومسلم في "صحيحه" (١٣٩-١/ ١٢٣)، وابن حبان في "صحيحه" (٥٠٨٦-١١/ ٤٨٢)، والترمذى في "سننه" (١٣٤٠-٣/ ٦٢٥ و٢٩٩٦-٥/ ٢٢٤)، وأبو داود في "سننه" (٣٢٤٣ و٣٢٤٤ و٣٢٤٥)، وأحمد في "مسنده" (٢١٨٨٦)، وأبو يعلى في "مسنده" (٥١٩٧)، والطبرانى في "الكبير" (١٧).

(٣) هكذا في الأصل وم، وكان في ظ: يمنه، والظاهر أنه خطأ.

(٤) هكذا في ظ، وم، وكان في الأصل: فيكون إتواء بإتواء.

١٤٥٤٣- وإذا ادعى المدعى عند القاضى دعوى، فعلى القاضى أن ينظر فيه، فإن كان فاسدًا لايلتفت إليه، وأمر المدعى بالكف عنه، وإن كان صحيحًا سمعه، وأقبل على المدعى عليه، فإن أقر بما ادعاه المدعى، ألزمه ما أقر به، وإن أنكر أقبل على المدعى، وقال له: ألك بينة؟ فإن قال: لا، أو قال: شهودى غيب، أو مرضى حلف المدعى عليه، هكذا ذكر الخصّاف رحمه الله فى "أدب القاضى".

قيل: هذا السؤال إنما يستقيم على قول أبى حنيفة رحمه الله، لا على قولهما؛ لأن على قولهما القاضى يستحلف المدعى عليه بطلب المدعى، وإن قال: لى بينة حاضرة فى المصر، فلا فائدة لهذا السؤال على قولهما، وقال مشايخنا رحمهم الله: إذا قال المدعى: شهودى غيّب أو مرضى، إنما يحلف المدعى عليه إذا بعث القاضى أمينًا من أمناءه إلى محلة الشهود الذين سمّاهم المدعى حتى يسأل عن الشهود، قال: فأخبر أنهم غيّب، أو مرضى، أما بدون ذلك لا يحلفه على قول من لا يرى الاستحلاف إذا كان له بينة حاضرة فى المصر؛ لأنه وقع الشك فى الاستحلاف على قوله، ثم بعد صحة الدعوى إنما يستحلف فيما سوى القصاص فى النفس فى موضع جاز القضاء بالنكول فيه، وفى كل موضع لا يجوز القضاء فيه بالنكول لا يستحلف فيه، وفى القصاص فى النفس يستحلف، ولا يقضى فيه بالنكول تعظيمًا لأمر الدم.

وأما بيان صفته: فنقول: إن اكتفى بذكر اسم الله تعالى وحده، بأن قال: بالله والله جاز، لأنه هو الأصل فى اليمين، وبه ورد الكتاب والسنة، أما الكتاب فقوله: ﴿وَأَقسَمُوا بِاللهِ جُهدَ أَيْمَانِهِم﴾[1]، وأما السنة فما روى: "أن النبى ﷺ حلف ابن ركانة حين طلّق امرأته بلفظ البتة بالله ما أردت به ثلاثًا"، وحلف يهود خيبر: بالله ما قتلتموه ولا علمتم له قاتلا[2].

وإن غلظ فى اليمين جاز، والتغليظ فى اليمين عُرف بالكتاب والسنة، أما الكتاب فإن الله شرع اللعان مكرّرا مؤكدًا باللعن والغضب، وما كان ذلك إلا للتغليظ، وقال الله

(١) سورة النور: الآية ٥٣.

(٢) أخرجه أبو عوانة فى "مسنده" (٦٠٤١).

تعالى : ﴿وَاللهِ رَبِّنَا مَا كُنَّا مُشْرِكِينَ﴾[١] ، وأما السنة فما رُوى : "أن رسول الله ﷺ حلف ابن صوريا بالله الذى أنزل التوراة على موسى كيف تجدون حدّ الزنا فى كتابكم؟"[٢] ، والمعنى فى ذلك أن التغليظ فى اليمين فى معنى الزجر عن اليمين الكاذبة ، فالإنسان قد يمتنع عن اليمين الكاذبة عند التغليظ ، ولا يمتنع عنها بدون التغليظ .

ثم اختلف المشايخ رحمهم الله فيه بعد ذلك ، بعضهم قالوا : القاضى بالخيار فى كل مدّعٍ به ، وعلى كل مدّعٍ عليه ، إن شاء غلّظ وإن شاء لم يغلظ ، وبعضهم قالوا : القاضى ينظر إلى المدعى عليه إن عرفه بالخير والصلاح ، أو رأى عليه سيماء الخير ، ولم يتهمه ، اكتفى بذكر اسم الله وحده ، وإن كان على خلاف ذلك غلظ ، وبعضهم قالوا : نظر إلى المدعى به إن كان مالا عظيمًا غلظ عليه ، وإن كان حقيرًا اكتفى بذكر اسم الله وحده ، ثم بعضهم قدّروا العظيم بنصاب الزكاة وبعضهم قدروا بنصاب السرقة .

١٤٥٤٤- وإذا غلظ بصفات الله تعالى وأسماءه ، ينبغى أن يتأمل حتى لا يكرر عليه اليمين بتكرار حرف القسم ، فإن بتكرر حرف القسم يتكرر اليمين ، فإنه لو حلف بالله الرحمن الرحيم ، كان يمينًا واحدًا ، وإذا حلف : والله والرحمن والرحيم ، كانت ثلاثة أيمان ، ولا يجوز الاستحلاف فى الدعوى الواحدة إلا بيمين واحدة .

١٤٥٤٥- ثم القُضاة مختلفون فى كيفية التغليظ وصفته ، واختار كل واحد لنفسه شيئًا ، ومختار الخصاف رحمه الله أن يقول له : قل : والله الذى لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة هو الرحمن الرحيم الطالب الغالب المدرك الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية ، فهذا هو مختار الخصّاف رحمه الله ، فإن شاء القاضى اختار هذا ، وإن شاء زاد عليه ، وإن شاء نقص عنه .

١٤٥٤٦- ولا يغلّظ بالمكان عند علماءنا رحمهم الله ، وقال الشافعى رحمه الله : إن المدعى به دم عمد ، أو مالا عظيمًا يبلغ عشرين مثقالا من الذهب ، يغلّظ بالمكان ،

---

(١) سورة الأنعام : الآية ٢٣ .

(٢) ذكره ابن حجر فى "الدراية" (٢-٨٤٢/٢/١٧٨) ، وقال : أخرجه مسلم موصولا من حديث البراء بن عازب قال : "مرّ على رسول الله بيهودى محمم فدعا رجلا من علماءهم ، فقال له : نشدتك بالله الذى أنزل التوراة على موسى أن هكذا تجدون حد الزنا فى كتابكم" .

فيحلف بأشرف الأماكن، فإن كان بمكة يحلف بين المقام والبيت، وإن كان بالمدينة، يحلف بين الروضة والمنبر، وفي بيت المقدس يحلفه عند الصخرة، وفي سائر الأمصار يحلف في المسجد الجامع عند المنبر، وإن كان في موضع ليس فيه مسجد جامع، يحلف في مسجد من المساجد، وهو قول أهل المدينة وأهل مكة، وهكذا رُوي عن أبي يوسف رحمه الله، إلا أنه زاد، فقال: يوضع المصحف في حجره، ويقرأه عليه: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللهِ وَأَيْمَانِهِم ثَمَنًا قَلِيلا﴾[1] الآية.

حجتهم في ذلك: أن التغليظ بذكر صفات الله تعالى إنما يشرع للمبالغة في الزجر عن اليمين الكاذبة، وهذا المعنى يقتضي شرع التغليظ بالتحليف في أشرف الأماكن؛ لأن الإنسان ربما لا يجترئ على اليمين الكاذبة إذا حلف في أشرف الأماكن.

ولعلمائنا ما ظهر من عمل الناس من لدن رسول الله ﷺ إلى زماننا هذا الاستحلاف من غير التقييد بأشرف الأماكن من غير نكير[2] منكر؛ ولأن النصوص المقتضية للاستحلاف مطلقة عن المكان، فالتقييد بالمكان يكون زيادة على النص، والزيادة بمعنى النسخ.

١٤٥٤٧- وإن أراد التغليظ على اليهودي يحلفه بالله الذي أنزل التوراة على موسى؛ لأنه يعتقد حرمة التوراة ونبوة موسى عليه السلام، وإذا أراد التغليظ على النصراني يحلفه بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى؛ لأنه يعتقد حرمة الإنجيل ونبوة عيسى، وإن أراد أن يغلظ المجوسي يحلفه بالله الذي خلق النار؛ لأنهم يعظّمون النار، كذا ذكر محمد رحمه الله في "الأصل"، ولم ينقل عن أبي حنيفة رحمه الله فيه شيء في ظاهر الرواية، وروى في "النوادر" عنه: أنه لا ينبغي أن يستحلف أحدا إلا بالله.

١٤٥٤٨- وذكر الخصّاف أن غير اليهودي والنصراني يستحلف بالله، فهذا إشارة إلى أنه لا يذكر النار في استحلاف المجوسي، وعليه بعض المتأخرين من مشايخنا؛ لأن ذكره يشير إلى تعظيمه، وأنه لا يجوز، ألا ترى أن المسلم لا يستحلف بالله الذي خلق الشمس، بخلاف اليهودي والنصراني، حيث يذكر في استحلافهم التوراة والإنجيل؛

(١) سورة آل عمران: الآية ٧٧.

(٢) وفي الأصل من غير ذكر نكير.

لأن التوراة والإنجيل كلام الله تعالى، فلا يكون فيه تعظيم غير الله تعالى، بخلاف النار، أما سائر المشركين يستحلفون بالله؛ لأنهم يقرون بالله تعالى، قال الله تعالى: ﴿وَلَئِن سَأَلْتَهُم مَّنْ خَلَقَهُمْ لَيَقُولُنَّ اللَّهُ﴾[1].

١٤٥٤٩- وأما بيان كيفيته فنقول: إن[2] وقع الدعوى على فعل المدعى عليه من كل وجه، بأن ادعى عليه أنك سرقت هذا العين منّى، أو غصبت هذا العين منى، يستحلف على البتات، وإن وقع الدعوى على فعل الغير من كل وجه، يحلف على العلم، حتى لو ادعى المدعى دينًا على ميت بحضرة وارثه بسبب الاستهلاك، أو ادعى أن أباك سرق هذا العين منى، أو غصبه منى، يحلف الوارث على العلم، وهذا مذهبنا، والأصل فيه حديث القسامة، فإن رسول الله ﷺ حلف اليهود على فعل أنفسهم على البتات، وعلى فعل غيرهم على العلم.

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله: هذا الأصل مستقيم فى المسائل كلها أن التحليف على فعل الغير يكون على العلم إلا فى الرد بالعيب، يريد به أن المشترى إذا ادعى أن العبد سارق، أو أبق، وأثبت إباقه، أو سرقته فى يد نفسه، أو ادعى أنه أبق، أو سرق فى يد البائع، وأراد تحليف البائع، يحلف البائع على البتات بالله ما أبق بالله ما سرق فى يدك على ما عُرف، وهذا تحليف على فعل الغير، قال رحمه الله تعالى: إنما كان كذلك؛ لأن البائع التزم[3] تسليم المعقود عليه سليمًا عن العيوب، فالاستحلاف يرجع إلى ما ضمن بنفسه، فلذلك كان البتات.

وحكى عن الشيخ الإمام فخر الإسلام رحمه الله أنه كان يزيد فى هذا الأصل حرفا، وكان يقول: التحليف على فعل نفسه على البتات، والتحليف على فعل الغير يكون على العلم إلا إذا كان شيئًا يتصل به، فحينئذٍ يحلف على البتات، خرج على هذا فصل الرد بالعيب؛ لأن ذلك مما يتصل به؛ لأن تسليم العبد سليمًا واجب على البائع، وقد قيل بأن التحليف على فعل الغير إنما يكون على العلم إذا قال الذى استحلف: لا

---

(١) سورة الزخرف: الآية ٨٧.

(٢) وفى الأصل: إذ مكان إن.

(٣) وفى "م": ضمن مكان "التزم".

علم لى بذلك، فأما إذا قال: لى علم بذلك، يحلف على البتات، ألا ترى أن المودع إذا قال: قبض صاحب الوديعة منى الوديعة، فإنه يحلف المودع على البتات.

١٤٥٥٠- وألا ترى إلى ما ذكر محمد رحمه الله فى "الجامع": إذا وكّل الرجل رجلا ببيع عبده بألف درهم، فباعه وسلّمه إلى المشترى، ثم أقر البائع الوكيل أن الآمر قبض الثمن، وجحد الآمر، فالقول قول الوكيل فى ذلك أن الآمر قد قبض مع يمينه، فإذا حلف برئ المشترى عن الثمن، ويحلف الوكيل على البتات بالله لقد قبض الآمر، وهذا تحليف على فعل الغير، ولكن الوكيل يدعى أن له علما بذلك، فإنه قال: قبض الموكل الثمن، وكان له علم بذلك، فيحلف على البتات لهذا.

١٤٥٥١- وإن وقع الدعوى على فعل المدعى عليه من وجه، وعلى فعل غيره من وجه، بأن قال: اشتريت متى استأجرت، متى استقرضت منى، فإن هذه الأفعال فعله وفعل غيره، فإنها تقوم باثنين، ففى هذه الصور يحلف على البتات، وهذا مشكل؛ لأن اعتبار فعل الغير يوجب التحليف على العلم، وإن كان اعتبار فعله يوجب التحليف على البتات[1] إلا أنه ترجح جانب البتات[2]؛ لأنه يوجب زيادة زجر؛ لأنه متى حلف على البتات، وقد اشترى حنث فى يمينه، علم بالشراء أو لم يعلم، ومتى حلف على العلم، وقد اشترى إن كان عالـمًا بالشراء حنث فى يمينه، وإن لم يكن عالـمًا به لا يحنث، فكان فى هذا زيادة زجر، فكان الترجيح لجانب البتات.

بعد هذا المسألة على وجوه، إما إن ادعى المدعى دينًا أو ملكًا فى عين، أو حقًا، وكل ذلك على وجهين، إما أن يدعيه مطلقًا، ولم يذكر له شيئًا، أو ادعاه بناء على السبب، فإن ادعى دينًا، ولم يذكر له سببًا، يحلف على الحاصل، فيحلف بالله ما لهذا عليك، ولا قبلك هذا المال الذى ادعاه، وهو كذا وكذا، ولا شىء منه، فقد جمع بين قوله: عليك وقبلك، وهكذا ذكر الخصاف، وإليه أشار محمد رحمه الله فى "كتاب الصلح"، وإنما جمع بينهما؛ لأنه لو اقتصر على قوله: عليك إنما يتأول أنه ليس على رأسه، أو عاتقه شىء.

---

(١) هكذا فى الأصل و "م"، وكان فى "ظ": الثبات، والظاهر أنه خطأ.

(٢) هكذا فى الأصل و "م"، وكان فى "ظ": الثبات، والظاهر أنه خطأ.

ولو اقتصر على قوله : قبلك عسي يتأول الأمانة ؛ لأن قوله قبلك يستعمل فى الأمانات ، كما يستعمل فى الديون ، فيجمع بينهما احتياطًا ، وجمع أيضًا بين كل المدعى به ، وبين بعضه ؛ لأنه ربما أداه بعض هذا المال ، وأبرأه عن بعض المال ، فلو حلفناه على الكل يحلف ، ويكون صادقًا فى الحلف ، ولا يلزم الحنث فيجمع بين الكل وبين البعض احتياطًا .

قال أبو عمرو الطبرى : لا ينبغى للحاكم أن يقول فى الاستحلاف : ولا شيء منه ؛ لأن التحليف بناء على الدعوى ، فلا يزاد على مقدار الدعوى ، وكذلك إذا ادعى ملكًا فى عين حاضر ، أو حقًا فى عين حاضر ادعاه مطلقًا ، ولم يذكر له سببًا يحلف على الحاصل ، فيحلف بالله ما هذا العين لفلان ابن فلان ، ولا شيء منه يجمع بين الكل وبين البعض احتياطًا ، ويكون التحليف فيه على البتات ، نصّ عليه فى أول كتاب الاستحلاف .

وإن ادعاه بناء على السبب ، بأن ادعى عليه دينًا بسبب القرض ، أو بسبب الشراء ، أو ادعى ملكًا بسبب البيع أو الهبة ، أو ادعى غصبا أو وديعة أو عارية ، يستحلف على حاصل الدعوى فى ظاهر رواية أصحابنا رحمهم الله ، ولا يستحلف على السبب ، نص عليه فى كتاب الحوالة والكفالة ، حتى لا يستحلف ما استقرضت منه هذا المال ما غصبته ، ما أودعك ما اشتريت منه هذا العين بكذا ، ما بعت منه هذا العين بكذا .

وجه ذلك أن فى الاستحلاف على السبب ضررًا بالمدعى عليه ، فالسبب قد يوجد ويثبت حكمه ، ثم ينفسخ السبب ويبطل حكمه ، أو يبطل الدين بالإبراء وبالإيفاء ، ويعود[1] الملك إليه فى العين بالهبة أو بالبيع ، ويبطل حكم الغصب والوديعة والعارية بالرد ، فلو حلف على السبب لا يمكنه أن يحلف على انتفاء السبب لوجوده ، ولو أقر بالسبب وادّعى التناقض المبطل ، لكانت الحجة عليه ، وربما لا يمكنه إقامة الحجة ، وفيه من الضرر ما لا يخفى ، وليس فى الاستحلاف على الحاصل ضرر بالمدعى ، فيحلف على الحاصل لهذا ، حتى لو كان فى الاستحلاف على الحاصل ضرر بالمدعى ، بأن كان بين العلماء اختلاف أن ما يدعيه ، هل هو سبب لذلك الحكم؟ يحلف على السبب ؛ لأنه

---

(١) وكان فى الأصل : أو يعود.

لو حلف على الحاصل يحلف ويتأول قول من يقول بأنه ليس بسبب، وأن الحكم ليس بثابت، فيحلف على السبب دفعًا للضرر عن المدعى.

وكذلك إذا لم يكن فى التحليف على السبب ضرر بالمدعى عليه، بأن كان ما يدعيه سببًا لا يحتمل الانفساخ، وحكمه لا يحتمل البطلان، كإعتاق العبد المسلم، يحلف على السبب ليكون[1] التحليف موافقًا للدعوى والإنكار.

وروى عن أبى يوسف أنه يستحلف على السبب فى هذه الصورة؛ لأن الاستحلاف يترتب على الدعوى، فيكون على وفق الدعوى والإنكار، وما ذكر من وهم التضرر يندفع بالتعريض بأن يقول المدعى عليه للقاضى: الإنسان قد يلزمه المال بسبب، ثم يبطل المال عنه إما بانفساخ السبب أو بالإيفاء أو بالإبراء.

ولو أقر بالسبب عسى لا يمكنه إثبات ذلك النسخ أو الإبراء، فيلزمه المال، فإذا عرض على هذا الوجه، فالقاضى لا يحلفه على السبب، بل يحلفه على الحاصل.

١٤٥٥٢- وذكر الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلوائى فى شرح هذا الكتاب رواية أخرى عن أبى يوسف رحمه الله: إذا أنكر المدعى عليه السبب، بأن أنكر الاستقراض، وقال: ما استقرضت، يحلف على السبب بالله ما استقرضت، وإن قال: ليس له على ما يدعى يحلف على الحاصل بالله ليس له عليك، ولا قبلك هذا المال الذى يدّعى، ولا شىء منه.

قال رحمه الله: هذا أحسن الأقاويل عندى، وعليه أكثر القضاة، وقال الشيخ الإمام الزاهد فخر الإسلام على البزدوى رحمه الله: ينبغى أن يفوّض الأمر إلى رأى القاضى فى هذا إن رأى المصلحة فى التحليف على السبب حلف على السبب، وإن رأى المصلحة فى التحليف على الحاصل حلف على الحاصل، قال: لأن من الناس من يكون تحليفه على السبب أولى، ومنهم من يكون تحليفه على الحاصل أولى، فيفوّض إلى رأى القاضى لهذا، قال الخصاف فى "أدب القاضى"، وفى الوديعة إذا حلف والوديعة ليست بحاضرة حلفه بماله هذا الذى ادعاه فى يديك، ولا شىء منه، ولا له قبلك حق منه؛ لأنه متى استهلكها، أو دل إنسانًا عليها، فلا يكون فى يديه، ولكن ضمان القيمة فى ذمته،

---

(١) وكان فى الأصل: لا ليكون.

فلا يكتفى بقوله : فى يديك ، بل يضم عليك ، ولا له قبلك حق منه احتياطًا ، وهذا إنما يستقيم على ظاهر الرواية ؛ لأنه على ظاهر الرواية على التحليف على الحاصل ، أما على ما روى عن أبى يوسف رحمه الله يستحلف بالله ما أودعك هذا كذا وكذا ، وإن ادعى قبله ضيعة أو عقارًا وحدده ، وسمّى موضعه وبلده على نحو ما بينا ، يحلفه بالله ما هذه الضيعة ، ولا هذه الدار التى حدد وسمى لفلان ابن فلان هذا فى يديك ، ولا شىء منها ، ولا له قبلك منها حق ، ولا سبب حق جمع بين هذا كله ؛ لأنه أحوط .

١٤٥٥٣- وإن ادعى جارية أو غلامًا ، أو عرضًا من العروض مما يُنقل ويحوّل ، فإن كان حاضرًا فى مجلس القاضى فالقاضى يحلفه بالله ما هذا العبد ملك هذا المدعى من الوجه الذى ادعاه ، ولا شىء منه لجواز أن يكون بعضه ملك المدعى ، فلو لم يقل : ولا شىء منه يتأول ذلك ، فيكون صادقًا فى يمينه ، ولا يلزمه الحنث .

وذكر فى كتاب الاستحلاف : أنه يحلف المدعى عليه بالله ما لهذا المدعى فى هذا العبد حق ، والصحيح ما ذكرنا ؛ لأن لفظة الحق تنطلق على غير الملك من حق الإجارة والرهن ، والمدعى ادعى الملك فيه دون الحق ، وإنما يجب الاستحلاف على ما ادعاه المدعى ، ولكن زاد فى آخر اليمين ، ولا له فيها حق كان مستقيمًا ، فإنه يكون تأكيدًا للأول .

وإن كان غائبًا عن مجلس القاضى ، بأن كان المدعى عليه مقرًا أنه فى يده إلا أنه ينكر كونه ملك المدعى ، كلفه القاضى الإحضار ، حتى يمكنه الإشارة إليه فى الدعوى ؛ وهذا لأن الدعوى إنما تسمع فى المعلوم ، فيشترط إعلام المدعى به بأبلغ وجوه الإعلام ما أمكن ، والإشارة أبلغ فى وجوه الإعلام ، وإنما تكون الإشارة بعد الإحضار وليس فى الإحضار كثير ضرر بالمدعى عليه ، فلهذا أمر بالإحضار .

وإن أنكر المدعى عليه أن يكون ذلك فى يديه ، ذكر الخصاف رحمه الله : أن القاضى يقول للمدعى : سمّه وانسبه إلى جنسه ، وسمّ قيمته ، شرط بيان القيمة لسماع الدعوى ، وقد ذكرنا هذا الفصل وما فيه من الاختلاف قبل هذا ، ثم إذا سمّى جميع ذلك حتى صحّ[1] دعواه بلا خلاف ، وأراد استحلاف المدعى عليه ، استحلفه القاضى بالله ما

(١) وكان فى جميع النسخ حتى ذلك حتى صح أعنى حتى ذلك زائد .

لهذا لديك هذه الجارية التى ذكرناها، ولا شىء منها، ولا هى له عليك ولا قبلك، ولا قيمتها التى سمى، وهى كذا وكذا، ولا شىء منها عليك ولا قبلك، وإنما يذكر عين الجارية لجواز أن يكون فى يديه، وقد كتمها، وإنما يذكر شىء منه لجواز أن فى يديه بعض الجارية، فيتناول.

وإنما يذكر القيمة لجواز أنها مستهلكة، فلا يكون فى يديه، ولكن تحل عليه القيمة، وإنما ذكر شىء من القيمة لجواز أنه سقط بعض القيمة عنه، فيتأول، وإنما يذكر ولا هى له عليك ولا قبلك؛ لأن من مذهب العلماء أن الحيوان يكون مضمونًا بالمثل، فربما يتأول ذلك القول.

١٤٥٥٤- وإن ادعى شراء ضيعة وبيّن حدودها وموضعها، وبيّن الثمن، وأنكر المدعى عليه أنه باعه ذلك، وأراد القاضى أن يحلفه على الحاصل، كما هو جواب ظاهر الرواية، كيف يحلفه؟ قال: يحلفه بالله ما بينك، وبين هذا بيع قائم الساعة فيما ادعاه، أو يحلفه بالله ما له هذه الضيعة[1] شرى لهذه الساعة، بما ادعاه من الثمن، أو يحلفه بالله ما هذا البيع الذى ادعى عليك قائم فيها الساعة، أو يحلفه بالله ما عليك تسليم هذه الضيعة إلى هذا بهذا البيع الذى ادعاه، وهنا أشياء أخرى تأتى بعد هذا.

١٤٥٥٥- وإن ادعت امرأة على زوجها أنه طلقها، فهو على وجوه: الأول: أن تدعى الطلاق الثلاث، وفى هذا الوجه إذا أراد القاضى أن يحلفه، حلفه بالله ما هذه المرأة بائن منك بثلاث تطليقات كما ادعت، أو يحلفه بالله ما هى طالق منك بثلاث تطليقات، كما ادعت، وهذا تحليف على الحاصل، وأنه جواب ظاهر الرواية.

قالوا: وإن شاء القاضى حلفه على السبب بالله ما طلقتها ثلاثًا فى هذا النكاح الذى تدّعى أنك مقيم عليها فيه؛ لأن هذا سبب لا يحتمل الانتقاض، إلا أنه لايستحلف بالله ما طلقتها ثلاثًا مطلقًا؛ لأنه يجوز أنه طلقها ثلاثًا ثم عادت إليه بنكاح مستقبل بعد ما تزوجت بزوج آخر، فلو حلفناه كذلك لتضرر.

وكذلك إذا لم تدّع المرأة ذلك، ولكن شهد عند القاضى شاهد واحد عدل أو جماعة من الفُسّاق بذلك؛ لأن حرمة الفرج حق الشرع، فكان على القاضى الاحتياط

(١) هكذا فى ظ، وكان فى م ما هذه الضيعة وكان فى الأصل: ما لم هذه الضيعة.

فى مثله بالاستحلاف .

الوجه الثانى : أن تدعى تطليقة بائنة ، وفى هذا الوجه يستحلف بالله ما هى بائنة منك بتطليقة كما ادعت ، أو ما هى محرّمة عليك بتطليقة كما ادعت ، يستحلف على حاصل الدعوى فى ظاهر الرواية .

قال مشايخنا رحمهم الله : وفى هذا الجواب نوع نظر ؛ لأن عند الشافعى الكنايات رواجع ، فلو حلفناه على الحاصل ، ربما يتأوّل قول الشافعى ، فيحلف على السبب بالله ما طلقتها بلفظ كذا ، كما ادعت فى هذا النكاح الذى تدّعى أنك مقيم عليها فيه ، حتى لا يمكنه التأويل ، إلا إذا ادعت الخلع ، أو ادعت تطليقة بائنة قبل الدخول ، فإن هناك تثبت البينونة بلاخلاف ، فلا يمكنه التأويل ، فيحلف على الحاصل حينئذٍ .

الوجه الثالث : أن تدعى تطليقة رجعية ، وفى هذا الوجه يحلف على الحاصل فى ظاهر الرواية ، فيحلف بالله ما هى طالق منك الساعة ، وهذا لأن الطلاق الرجعى يزيل النكاح بعد انقضاء العدة إن كان لا يزيل النكاح فى الحال ، ويؤثر[١] فى إزالة حل المحلية عند انضمام تطليقتين إليه ، فيفيد الاستحلاف .

١٤٥٥٦- وإن ادعت أمة على مولاها أنه أعتقها ، ففى ظاهر الرواية يستحلف على الحاصل بالله ما هى حرة الساعة[٢] بما ادعت من العتق ؛ لأنه يتصور زوال الحرية عنها[٣] بعد ثبوتها بالإعتاق بالارتداد ، والالتحاق بدار الحرب ، والسبى بعد ذلك ، فلو حلفناه على السبب بالله ما أعتقتها[٤] لتضرر به المدعى عليه ، فيحلف على الحاصل ، وعلى رواية أبى يوسف : يحلف على السبب بالله ما أعتقتها[٥] ، إلا إذا عرض المدعى عليه ، ويقول الرجل : قد يعتق أمته ثم ترتد وتلتحق بدار الحرب ، وتسبى وتعود إلى ملكه ثانيًا ، فلا يمكنه أن يحلف ما أعتقتها ، فإذا عرض على هذا الوجه يحلف على

---

(١) وفى الأصل : وقد يؤثر .

(٢) هكذا فى ظ وم ، وكان فى الأصل : ما هى حرة على الساعة .

(٣) هكذا فى ظ ، وكان فى الأصل و م : الحرمة عنها .

(٤) هكذا فى ظ ، وكان فى الأصل وم : ما أعتقها .

(٥) هكذا فى ظ ، وكان فى الأصل وم : ما أعتقها .

الحاصل.

١٤٥٥٧- وإن كان المدعى للعتق عبدًا، فإن كان العبد ذميًا، فكذا الجواب، يحلف على الحاصل فى ظاهر الرواية؛ لأن حريته تحتمل الانتقاض بعد الثبوت بالإعتاق، بأن ينقض العهد، ويلتحق بدار الحرب، ثم يسبى ويسترق، وإن كان العبد مسلمًا، فالقاضى بالخيار، إن شاء حلفه على الحاصل بالله ما هو حر الساعة، كما هو جواب ظاهر الرواية، وإن شاء حلفه على السبب، كما هو قول أبى يوسف؛ لأن حريته لاتحتمل الانتقاض بعد ثبوتها؛ لأن أكثر ما فيه أنه يرتد إلا أن المرتد لا يسترق.

١٤٥٥٨- وإن ادعت امرأة على رجل نكاحًا، أو ادعى رجل على امرأة نكاحًا، فاعلم بأن الاستحلاف لا يجرى فى الأشياء السبعة عند أبى حنيفة خلافًا لهما، والأشياء السبعة: النكاح، والرجعة، والفيء فى الإيلاء، والرق، والولاء، والنسب، وأمومية الولد، وصورة أمومية الولد بأن ادعت جارية على مولاها أنها أسقطت منه سقطًا مستبين الخلق، والمولى ينكر، فأرادت أن تستحلف المولى على دعواها، وهذا لأن الاستحلاف لرجاء النكول، وإنما يجرى اللاستحلاف فيما يقضى فيه بالنكول، ولا يقضى بالنكول فى هذه الأشياء عند أبى حنيفة، وعندهما: يقضى.

وهذا بناء على أصل معروف: أن النكول عند أبى يوسف ومحمد بمنزلة الإقرار، فكل ما يجوز فيه الإقرار يجوز فيه القضاء بالنكول، والإقرار بالنكاح والرجعة والفئ فى الإيلاء والرق والولاء وأمومية الولد صحيح، فكان النكول فيها حجة، فيجرى فيها الاستحلاف.

وعن هذا قلنا: إن من ادعى على ولى صغيرة أنه زوّجها منه، وأنكر الولى ذلك، استحلفه القاضى عندهما؛ لأن النكول عندهما إقرار، وإقرار الولى على وليّته الصغيرة بالنكاح صحيح عندهما، وكذلك لو كان الدعوى فى الرضاع بالنكاح، أو فى الأمر بالنكاح، يستحلف عندهما، وأما على قول أبى حنيفة: فالنكول بذل، وكل ما يجرى فيه البذل كان النكول فيه حجة، فيجرى فيه الاستحلاف، والبذل لا يجرى فى هذه الأشياء، فلايكون النكول فيها حجة، فلايجرى فيها الاستحلاف.

١٤٥٥٩- وعن هذا قال أبو حنيفة: إن من ادعى على ولى صغيرة أنه زوّجها

منه، وأنكر الولى ذلك، فالقاضى لا يستحلفه؛ لأن النكول عنده بذل، والبذل لا يجرى من الولى فى النكاح، فلا يجرى فى الاستحلاف، ثم على قول أبى حنيفة رحمه الله : إذا كان الاستحلاف لا يجرى فى النكاح لو كان دعوى النكاح من المرأة، وقالت المرأة للقاضى : لا يمكننى أن أتزوج؛ لأن هذا زوجى، وقد أنكر النكاح، فمُره ليطلقنى لأتزوّج، والزوج لا يمكنه أن يطلقها؛ لأن بالطلاق يصير مقرّاً بالنكاح، ما ذا يصنع القاضى؟ ذكر فخر الإسلام على البزدوى رحمه الله : أن القاضى يقول للزوج قل لها : إن كنت امرأتى فأنت طالق، فإن على هذا التقدير لايصير الزوج مقرّاً بالنكاح، ولا يلزمه شىء، ولو كانت له امرأة تتخلص عن جعالته، ويمكنها التزوّج بغيره، وهذا كله إذا لم يدع المدعى بدعوى هذه الأشياء مالا، فأما إذا ادعى مالا بدعوى هذه الأشياء، كالمرأة تدعى على رجل أنه تزوّجها على كذا، وطلقها قبل الدخول بها، وادعت نصف المهر، أو لم تدع الطلاق، وادعت النفقة، حلفه القاضى بلا خلاف؛ لأن المقصود دعوى المال، والاستحلاف يجرى فى دعوى الأموال بلا خلاف.

ثم عندهما إذا كان يستحلف بدون دعوى المال، كيف[1] يستحلف فى هذه الأشياء مع دعوى المال؟ ذكر الخصّاف رحمه الله فى "أدب القاضى" : الاستحلاف على الحاصل يحلف المرأة بالله ما هذا زوجك كما ادعى، ويحلف الزوج بالله ما هذه امرأة كما ادعت، ولم يذكر أن هذا جواب ظاهر الرواية، فيحتمل أن يكون جواب ظاهر الرواية إما على قياس ما يُروى عن أبى يوسف يحلف على السبب يحلف المرأة بالله ما زوجت نفسها من بكذا، ويحلف الزوج بالله ما تزوجتها[2] عى كذا إلا عرض المدعى عليه، ويحتمل أن يكون ما ذكر الخصّاف قول الكل احتياطًا لأمر الفرج.

وفى "كتاب الأقضية" : أن على ظاهر الرواية يحلف على الحاصل، وعن أبى يوسف أنه يحلف الزوج بالله ما هذه امرأتك، وإن كانت امرأتك، فهى طالق ثلاثًا، وهذا حسن؛ لأن بيمينه لا تقع الفرقة بينهما وبين الله تعالى، ولا يسعها أن تتزوج، فتبقى معلقة، فكان النظر فى الاستحلاف على هذا الوجه.

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم وكيف.

(٢) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم ما تزوجها.

١٤٥٦٠- ولو ادّعى على رجل أنه زوّج ابنته الكبيرة منه، وأنكر الأب ذلك، لايستحلف الأب عندهما، بخلاف ما إذا كانت الابنة صغيرة؛ لأن الاستحلاف للنكول، والنكول إقرار عندهما، وإقرار الولى على وليته البالغة بالنكاح عندهما لا يصح، وعلى وليته الصغيرة صحيحة، ولكن يستحلف الابنة إذا كانت كبيرة؛ لأن إقرار المولى على أمته بالنكاح صحيح عندهما، وإن كانت الأمة كبيرة، عُرف ذلك فى كتاب النكاح، وقد ذكرنا أن على قول أبى حنيفة الاستحلاف: لا يجرى فى الرق، وذكر محمد الاستحلاف فى الرق فى "السير الكبير" من غير ذكر خلاف.

١٤٥٦١- وصورة ما ذكر فى "السير الكبير": إذا انتهى عسكر المسلمين إلى مطهورة أو حصن، وأقاموا عليها، فنادتهم قوم من الحصن أن أمنونا على أهلينا على أن نفتح[1] لكم الحصن أو المطهورة، ففعلوا ذلك لهم، وفتحوا الحصن أو المطهورة للمسلمين، فدخلوها، فإن القوم الذين سألوا الأمان آمنون، وأهاليهم آمنون، فإن قال واحد من المستأمنين لرجل: إنه من أهلى، وفى عيالى، وصدّقه الرجل، وكذبهما الأمير، وأراد أن يحلف ذلك الرجل، فله ذلك؛ لأنه لو أقر أنه ليس من أهله يلزمه ذلك، ويصير فيئًا، فإذا دفع كان له أن يحلفه رجاء النكول الذى هو إقرار، فإن نكل صار مقرّا أنه ليس من أهله، وأنه فىء، فيجعله الإمام فيئًا، وإن حلف لم يجعله فيئًا، وكان ينبغى أن لا يستحلف عند أبى حنيفة، وإليه مال الفقيه أبو جعفر؛ لأن الدعوى فى الرق، ألا ترى لو نكل، فالإمام يجعله رقيقًا، ولايقتله، والاستحلاف لا يجرى فى الرق عند أبى حنيفة.

والجواب: إن الاستحلاف إنما يجرى فى الرق عند أبى حنيفة فى سائر المواضع لأجل النكول، والنكول بذل عند أبى حنيفة، وبذل الرق فى سائر المواضع بسائر الأسباب لا يصح، فكذا بالنكول، أما بذل الرق من الحربى المستأمن صحيح فى الجملة، فإنه إذا نقض الأمان، والتحق بدار الحرب، يصير فيئًا للمسلمين، فيصح منه بذل الرقية بالنكول، وصار دعوى الرق هنا، والنكول حجة بمنزلة دعوى المال، فصارت هذه المسألة مستثناة على فصل أبى حنيفة.

---

(١) وفى وم: يفتح.

١٤٥٦٢- جئنا إلى النسب، فنقول: الإقرار فيه صحيح فى بعض المواضع، فيستحلف فيه عند الإنكار عندهما، وفى بعض المواضع الإقرار فيه ليس بصحيح، فلا يستحلف فيه عند الإنكار، ولا بد من معرفة المواضع التى لايصح الإقرار فيها بالنسب، والتى يصح الإقرار فيها بالنسب، فنقول: إقرار الرجل يصح بأربعة: بالأب، والابن، والزوجة، والمولى، وإقرار المرأة تصح بثلاثة: بالأب، والزوج، والمولى، ولا يصح إقرارهما بغير هؤلاء، وأراد بهذه الصحة الصحة مطلقًا فيما يلزم المقر والمقر له من الأحكام، وفيما يلزم غيرهما، وأراد بعدم الصحة عدم الصحة فيما يلزم غيرهما من الأحكام، أما فيما يلزمهما من الأحكام فالإقرار صحيح، إذا وجد التصديق من المقر له، وهو من أهل التصديق فى جميع الصور، حتى إن من أقر بأخ وله أخ معروف، وصدّقه المقر له فى إقراره، وكذّبه الأخ المعروف، صحّ إقراره فى حق نفسه، حتى يشارك المقر له المقر فى نصيبه، ولا يصح إقراره فى حق الأخ المعروف، حتى لا يُشارك المقَرّ له الأخ المعروف فى نصيبه.

فقد فرّق بين الرجل، وبين المرأة فى الإقرار بالابن، فصححه من الرجل، ولم يصححه من المرأة، وكان ينبغى أن لا يفرّق بينهما؛ لأن علة انتساب الولد الانخلاق من الماء، وهما فى ذلك على السواء، والجواب: إن هذا من حيث الحقيقة هكذا، أمّا من حيث الحكم فالنسب إلى الآباء، قال الله تعالى: ﴿أدعُوهُم لآبَاءِهِم﴾[1] وقال تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَولُودِ لَه﴾[2]، فالأب فى هذا الباب أصل، والأم تابع، فإذا أقرّ الرجل بالابن، فقد أقر على نفسه، وإذا أقرت المرأةُ بذلك، فقد أقرت على الغير، فلا يصح.

١٤٥٦٣- وفرق فى حق الرجل بين الإقرار بالابن، وبين الإقرار بالأخ والعم، وما أشبهما، والفرق أن الإقرار بالبُنوّة إقرار على نفسه، وإقرار الإنسان على نفسه صحيح، فأما الإقرار بالأخ والعم إقرار على الغير ابتداء، وهو الأب أو الجد، فإنه إنما يصير أخًا له بواسطة ثبوت البُنوّة من الأب، وإنما يصير عما له بواسطة ثبوت البُنوّة من الجدّ، ولا يجوز أن يثبت البُنوة من الأب بإقراره، ومن الجدّ بإقراره، فكيف يثبت

(١) سورة الأحزاب: الآية ٥.

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٣٣.

بواسطة الأخوة والعُمومة .

١٤٥٦٤- وكذا إقرار الرجل بابن الابن غير صحيح ؛ لأنه لا بدّ لذلك من ثبوت البُنوّة من ابنه ، ولا يجوز أن يثبُت البُنوّة من ابنه بإقراره ، وإنما صحّ الإقرار بالأب والزوجة والزوج والمولى ؛ لأنه ليس بإقرار على الغير .

وهذا كله إذا لم يدّع مالا بدعوى النسب ، فأما إذا ادّعى مالا بدعوى النسب ، بأن ادعى رجل وامرأة على رجل أنه أخوه لأبيه ، أو أخته لأبيه ، وقد مات الأب ، وترك أموالا كثيرة في يد هذا ، وطلب الميراث ، أو ادعى رجل وهو زمن على رجل أنه أخوه لأبيه ، وطلب من القاضي أن يفرض له النفقة عليه ، وأنكر المدعى عليه ذلك ، فالقاضي يحلفه ؛ لأن المقصود دعوى المال ، وفي دعوى المال يستحلف بلا خلاف ، وكذلك إذا لم يدع مالا بدعوى النسب ، ولكن ادعى حقّا في ضمن دعوى النسب لا يثبت له ذلك الحق إلا بثبوت ذلك النسب ، يستحلف على دعوى النسب .

١٤٥٦٥- فقد ذكر الخصّاف رحمه الله في "أدب القاضي" : إذا ادّعى الرجل حجراً على رجل ، بأن التقط رجل لقيطًا ، فجاء رجل ، وقال للملتقط : هذا الصغير الذي التقطته أخي ، فأنا أحق به ، وأنكر ذو اليد أنه أخوه ، يحلف ذو اليد على ذلك ، وكذلك إذا وهب رجل لرجل شيئًا ، وأراد الواهب الرجوع في الهبة ، فقال الموهوب له : أنا أخوك ، ولا حق لك في الرجوع ، وأنكر الواهب أُخوّته ، كان للموهوب له أن يحلفه ؛ لأن المقصود إثبات ذلك الحق ، ثم في دعوى النسب مع المال في موضع لا يصح الإقرار بالنسب إذا جرى الاستحلاف يستحلف على النسب ، أو على المال ، ذكر في "الأقضية" : أنه يستحلف على المال ، وذكر الخصاف رحمه الله : أنه يستحلف على النسب ، فإذا نكل يقضى بالمال ، ولا يقضى بالنسب .

١٤٥٦٦- وإن ادّعى رجل على رجل إجارة ضيعة ، أو دار ، أو حانوت ، أو إجارة عبد ، أو دابة ، أو نحو ذلك مما يُؤاجر ، أو ادّعى مزارعة أرض ، أو معاملة في النخل ، أو الشجر ، أو ادّعى عارية في عين ، أو وديعة ، وأنكر المدعى عليه ذلك ، حلفه القاضي على الحاصل ، أما الوديعة والعارية : فقد مرّ الكلام فيهما ، وإنما ذكرناهما ثانيًا لزيادة فوائد ، ثم إن كان العين حاضراً يستحلف بالله ما هذا العين ملك هذا المدعى ، ولا

شيء منه، وكان الحاكم الإمام أبو محمد رحمه الله يقول : الأحوط أن يحلف بالله ما هذا الثوب لهذا، ولا عليك تسليمه، ولا تسليم شيء منه إلى هذا المدعى من الوجه الذى يدعيه المدعى .

وإن كان غائبًا، أو كان مستهلكًا، يستحلف بالله ما عليك تسليم هذا العين ولا تسليم جزء منه، ولا تسليم قيمته، ولا جزء منه، ولا تسليم مثله إلى هذا المدّعى، وهذا الجواب جواب ظاهر الرواية، كما ذكرنا .

وإن كان العين مستهلكًا، وأقر المدعى بالهلاك، يستحلف المدعى عليه على القيمة عند بعض المشايخ رحمهم الله، وقال بعضهم : يستحلف على العين والقيمة عند أبى حنيفة، وعندهما على القيمة .

وأما فى الإجارة : فيستحلف بالله ما بينك، وبين هذا المدعى إجارة قائمة تامة لازمة اليوم فى هذا العين المدعى، ولا له قبلك فيها حق بالإجارة التى وصف، قيل : هذا الجواب على ظاهر الرواية، أما على قياس رواية أبى يوسف رحمه الله : ينبغى أن يستحلف على السبب، وهو الإجارة، وإليه مال فخر الإسلام على البزدوى رحمه الله .

وقيل : لا، بل فى الإجارة يستحلف على الحاصل على قول الكل، فرّق هذا القائل لأبى يوسف رحمه الله على الرواية التى قيل : يستحلف على السبب فى جنس هذه المسائل بين الإجارة وبين ما تقدم .

والفرق : أن فى التحليف على السبب ههنا ضررًا للمدعى ؛ لأن المنافع لاتتقوّم بنفسها، وإنما تتقوّم بالعقد، فإذا حلفناه على السبب، وحلف ينتفى العقد، ولم يثبت تقوّم المنافع، فلا يثبت للمدعى حق الرجوع بشيء، فلا يكون الاستحلاف على السبب مفيدًا، بخلاف ما تقدم ؛ لأن العين متقوّم فى نفسه، فإذا حلفناه على السبب، وحلف وانتفى العقد، يبقى العين مضمونًا بنفسه، فيمكن الرجوع بضمان العين، فكان التحليف على السبب مفيدًا، والأول أصحّ، وكذلك الجواب فى المزارعة والمعاملة ؛ لأنها إجارة إلا أن الأجرة فيهما جزء من الخارج .

١٤٥٦٧- وإن ادّعى المدعى أجرة الدار، وجحد المدعى عليه، يستحلف القاضى بالله ماله قبلك هذا الأجر الذى سمّى من إجارة هذه الدار فى هذا الوقت الذى ادعى أنه

أجرها منك، هكذا ذكر فى كتاب الاستحلاف، وكان ينبغى أن يستحلف على الأجر لا غير؛ لأن الدعوى وقع فيه، إلا أنه إنما استحلفه على الأجر والدار والوقت الذى ادعى كيلا يتأوّل الحالف متى حلف على الأجر لا غير أنه لا أجر عليه بسبب شىء آخر سوى الدار، أو يتأول أنه لا أجر بسببه فى وقت آخر غير الوقت الذى ادّعاه المدعى، قالوا: وإن شاء القاضى حلفه بالله ماله قبلك هذا الأجر الذى سمّى بهذا السبب الذى ادّعى، أو من هذا الوجه الذى ادعى.

١٤٥٦٨- قال: ولو ادّعت امرأة على زوجها أنها سألته أن يُطلّقها، فقال لها: أمرك بِيدك، وأنها اختارت نفسها، وأنكر الزوج ذلك، فهذه المسألة على ثلاثة أوجه أيضًا: الأول: أن ينكر الزوج الأمر والاختيار جميعًا، وفى هذا الوجه القاضى لايحلف الزوج على الحاصل بلا خلاف، ولا يحلف بالله ما هى بائنة منك الساعة من الوجه الذى ادّعت؛ لأن عند بعض العلماء الواقع بلفظ الأمر باليد رجعى، فلو حلفناه ما هى بائنة منك، ربما يتأوّل قول هذا القائل، فيحلف على السبب، ولكن يحتاط فيه للزوج، فيحلف بالله ما قلت لها منذ تزوّجتها أمرك بِيدك بعد مسألتها الطلاق، وما يعلم أنها اختارت نفسها بعد ذلك فى مجلس الأمر، لجواز أنه تزوجها بعد ما اختارت نفسها بحكم ذلك الأمر، فلا يمكنه الحلف على ذلك الأمر.

ولو أقرَّ بذلك، ثم ادّعى النكاح بعده، لم يصدّق، ويلزمه الطلاق، فيحلفه على الوجه الذى ذكرنا احتياطًا، وإن أقر بالأمر، وأنكر اختيارها نفسها، يحلف الزوج أيضًا؛ لأنه لا يقبل قولها أنها اختارت؛ لأنها أخبرت عما لا يملك الإنشاء؛ لأنها لا تملك اختيارها نفسها بعد ما قامت عن المجلس، فلا يقبل قولها، ولكن يحلف الزوج بالله ما يعلم أنها اختارت نفسها فى مجلس الأمر الذى ادعت، وإن أقر بالاختيار، وأنكر الأمر، يحلف الزوج بالله ما جعلت أمر امرأتك هذه بيدها قبل أن تختار نفسها فى ذلك المجلس؛ لأن الأمر لو ثبت كان لازمًا على الزوج، فإذا اختارت نفسها فى مجلس الأمر يقع الطلاق، فالمرأة تدّعى عليه معنى لازمًا، فيحلف على الوجه الذى قلنا.

١٤٥٦٩- وكذلك إذا ادّعت أن الزوج حلف بطلاقها أن لا يفعل كذا، وقد فعل، فهو على التفصيل الذى قلنا: إن أنكر الزوج الأمرين يستحلف؛ لأن المرأة ادّعت البينونة

بسبب التعليق ووجود الشرط، والزوج ينكر، فيعتبر بما لو ادعت البينونة بسبب التخيّر، وهناك يستحلف الزوج بلا خلاف.

١٤٥٧٠- والاستحلاف يجرى فى الفرقة والطلاق بلا خلاف، ثم فى ظاهر الرواية يحلف على الحاصل بالله ما هى بائنة منك بثلاث تطليقات من الوجه الذى ادّعت، وعلى قياس رواية أبى يوسف رحمه الله: يحلف على السبب، بالله ما حلفت بطلاقها أن لا تفعل كذا، ثم فعلت، وإذا أقر باليمين، وأنكر الفعل، يحلف على الفعل بالله ما فعلت كذا بعد ما حلفت بطلاق امرأتك هذه أن لا تفعل[1] كذا، هكذا ذكر الخصّاف رحمه الله فى "أدب القاضى".

بعض مشايخنا قالوا: هذا على رواية أبى يوسف، أما على ظاهر الرواية: يحلف على الحاصل بالله ما هذه المرأة بائنة منك بثلاث تطليقات، وإن أنكر اليمين، وأقر بالفعل يحلف بالله ما حلفت بطلاق امرأتك هذه ثلاثًا أن لا تفعل كذا قبل أن تفعله، بعض مشايخنا قالوا: هذه رواية أبى يوسف، أما على ظاهر الرواية يحلف على الحاصل على نحو ما بينّا، وهذا لأنه من الجائز أنه حلف، ولكن أبانها بواحدة، ثم فعل ذلك الفعل ثم تزوجها.

١٤٥٧١- وعلى هذا[2]: إذا ادّعى العبد والأمة على المولى أنه حلف بالعتق أن لايفعل كذا، وقد فعل، ذكر فى "كتاب الأقضية": ولو ادعى رجل على رجل أنى اشتريت منك أمتك هذه بعبدى هذا، وأنكر المدعى عليه، فالقاضى يحلف المدعى عليه بالله ما هذه الأمة له شراء بهذا العبد، ولا يحلف ما بعت، وهذا على ظاهر الرواية على ما ذكرنا، وذكر بعد هذه المسألة مسألة دعوى الشراء من المشترى، وذكر فيها تفصيلا، فقال: إن ذكر المشترى نقد الثمن، يحلف المدعى عليه بالله ما هذا العبد ملك هذا المدعى، ولا شىء منه بالسبب الذى ادعى، ولا يحلف ما بعت وإن لم يذكر المشترى نقد الثمن، يقال له: احضر الثمن، فإذا أحضر يستحلفه القاضى بالله ما عليك قبض هذا الثمن، وتسليم هذا العبد من الوجه الذى ادّعى، وإن شاء حلفه بالله ما بينك، وبين هذا

---

(١) وفى الأصل وم: يفعل كذا.

(٢) وكان فى الأصل: ومن هذا.

شراء قائم الساعةَ.

والحاصل أن دعوى الشراء مع نقد الثمن دعوى المبيع ملكًا مطلقًا معنًى، وليس بدعوى العقد، ولهذا يصح مع جهالة الثمن، فيحلف على ملك المبيع، ودعوى البيع مع تسليم المبيع دعوى الثمن معنى، وليست بدعوى العقد، ولهذا يصح مع جهالة المبيع، فيحلف على ملك الثمن.

١٤٥٧٢- قال في كتاب الاستحلاف: ولو أن رجلا ادّعى أنه اشترى من رجل دارًا بألف درهم، أو عبدًا أو ثوبًا، وقدّمه إلى القاضي، فادّعى ذلك كله، وجحد المدعى قبله ذلك، فقال: ما بعت منه شيئًا، وطلب المدعي يمين المدعى عليه، فالقاضي يحلفه بالله ما هذه الدار للمدعي بهذا الشراء الذي ادّعى أنه اشتراها بهذا الثمن الذي سمّى، فيستحلف على الحاصل، ولا يستحلف على العقد بالله ما بعته منه، وهذا جواب ظاهر الرواية، ثم ذكر أنه يستحلف على العين والثمن جميعًا، وكان يجب أن يستحلف على العين، لا على الثمن؛ لأنه إنما يستحلف على ما وقع فيه الدعوى، والدعوى وقعت في العين، لا في الثمن إلا أنه استحلفه على الثمن والعين والبيع جميعًا، وذلك لأنه من الجائز أن يقرّ الجاحد بالبيع بعد ما حلف، فيصح إقراره إلا أنه يدعي أن ثمنه كان ألفي درهم، والمشتري يقول: كان الثمن ألف درهم، فيجب التحالف؛ لأنهما اختلفا في مقدار الثمن، والمعقود عليه قائم، والاختلاف في الثمن متى وقع على هذا الوجه فإنه يجب التحالف، ومتى كان حلف الجاحد على البيع، والثمن الذي ادّعاه المشتري، لا يحتاج القاضي إلى أن يحلف البائع ثانيًا، وإنما يحتاج إلى أن يحلف المشتري بالله ما اشتريت بألف درهم لا غير، وفي الاستحلاف على العين والثمن تقليل اليمين، فكان هذا أولى، فلهذا استحلف البائع على البيع والثمن جميعًا.

هذا الذي ذكرنا إذا ادعى المدعي أنه اشترى، وأنكر البائع، فأما إذا ادّعى أنه باع من المدعى قبله ذلك بألف درهم، وجحد المدعى قبله ذلك، وقال: ما اشتريت منه شيئًا قط، وسأل المدعي من القاضي أن يحلف المدعى قبله على ذلك، كيف يحلفه؟ فهذا لا يخلو من وجهين: إما إن ادّعى المدعي أنه سلّم لمّا باع منه إلى المدعى قبله، ولم يقبض منه الثمن، أو ادّعى أنه لم يسلم ما باع منه، ولا قبض منه ثمنه، فإن ادّعى أنه باع وسلّم،

ولم يقبض منه الثمن، ذكر أنه يحلف بالله ماله قبلك هذا الثوب، ولا ثمنه، أو هذه الدار التى يدعيها، ولا ثمنها، فيستحلفه على الحاصل، ولا يستحلفه بالله ما اشتريت بالثمن الذى ادّعاه، وهذا جواب ظاهر الرواية، فيستحلف على العين والثمن جميعًا، وكان يجب أن يستحلف على الثمن؛ لأن الدعوى وقع فى الثمن إذا كان المبيع مسلّما لا فى العين، لكن إنما استحلفه على العين والمبيع والثمن، وذلك لأنه يجوز أن يقر المدعى عليه بعد ما حلف بالشراء، ويصح إقراره، ثم يختلفان فى المعقود عليه، فيقول المدعى عليه قبله اشتريت منك ثوبًا، أو دارًا أخرى، فيجب التحالف؛ لأنهما اختلفا فى المعقود عليه، والمعقود عليه قائم، والاختلاف فى المعقود عليه حال قيامه يوجب التحالف، فمتى حلف على الثمن لا غير متى احتيج إلى التحالف يحتاج البائع إلى أن يحلف المدعى عليه ثانيًا بالله ما اشتريت الدار التى يدّعيها المدعى بالثمن الذى سمّاه.

وإذا حلفناه على البيع والعين والثمن الذى سمّاه، فمتى وجب التحالف يحتاج أن يحلف البائع بالله ما بعت من هذا المشترى ما يدعيه المشترى، ولا يحتاج إلى تحليف المشترى بالله ما اشتريت من ما يدعيه البائع، فيكون فى الاستحلاف على العين والثمن تقليل اليمين، وفى الاستحلاف على الثمن تكرير اليمين، فكان الاستحلاف على وجه فيه تقليل اليمين أولى، ثم قال فى الكتاب: وإن حلفه بالله ماله منها قليل ولا كثير جاز، والأول أجوز.

أما الجواز فلأن قوله بالله ماله منها قليل ولا كثير مما يتناول العين والثمن جميعًا؛ لأن قوله: منها كناية عن العين والثمن، إلا أن الأول أجوز؛ لأن العين والثمن صارا مذكورين على سبيل الاقتضاء، فكان ذكرهما على سبيل التصريح أجوز.

هذا إذا ادعى أنه كان باع وسلّم، ولم يقبض من الثمن، وإن ادّعى أنه باع، ولم يسلم ولم يقبض منه الثمن، قال: يحلفه القاضى بالله ما هذه الدار لك بهذا البيع الذى يدّعى بهذا الثمن الذى سمّى، فقد استحلفه على الحاصل، وهذا جواب ظاهر الرواية، وإذا وجب الاستحلاف على الحاصل فى ظاهر الرواية، استحلفه على العين والثمن جميعًا؛ لما ذكرنا أنه يجوز أن يقرّ المدعى قبله بالشراء بعد ما حلف، فيصح إقراره إلا أنه يقول: ما اشتريت منك هذه الدار، وإنما اشتريت هذه الدار الأخرى، فيقع بينهما

اختلاف في المعقود عليه، فيجب التحالف، فمتى لم يحلف المدعى قبله بالله ما هذه الدار لك بهذا البيع الذى يدعى بهذا الثمن الذى سمّى، يحتاج القاضى إلى أن يحلف المدعى قبله ثانيًا، فيتكرر اليمين عليه، ومتى حلفناه على ذلك يحتاج إلى أن يحلف البائع لا غير، فكان تحليفه على البيع والعين، وفيه تقليل اليمين أولى.

١٤٥٧٣- وإذا استصنع الرجل عند رجل قلنسوة أو خفّا، وجاء به العامل مفروغًا عنه، فقال الآمر: ليس هذا على المقدار الذى أمرتك به، وقال الصانع: هو كما أمرتنى به، ذكر فى كتاب الاستحلاف: أنه لا يستحلف الصانع، وهذا الجواب لايشكل على قول من يقول بأن الاستصناع مواعدة، وليست بمعاقدة، وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة؛ لأن الاستحلاف لايجرى فى المواعيد، وأما على قول من يقول: بأن الاستصناع معاقدة، فقد اختلف عبارة المشايخ فيه، وأصح ما قيل: إن الاستصناع ينعقد إجارة ابتداء وبيعا انتهاء متى سلّم[1]، ولكن قبل التسليم، فحال ما جاء الصانع به فى المستصنع، واختلفا قبل التسليم إلى الآمر، فهذا آجر ومستأجر اختلفا بعد انقضاء مدة الإجارة، وفى مثله لا يجرى الاستحلاف على ما عُرف، فإذا قال لغيره: أخذك غلامى حتى كفلت لى بفلان، حلف على حاصل الدعوى، وكذلك إذا ادعى كفالة بمال أو بعَرض، حلف على حاصل الدعوى، ولكن إنما يحلف إذا ادّعى كفالة صحيحة منجزة أو معلّقة بشرط متعارف.

وذكر فى الكفالة: أن الكفالة كانت بإذنه أو ذكر إجازته لتلك الكفالة فى مجلس الكفالة أما بدون ذلك لا يكون مدّعيّا كفالة صحيحة، فلا يترتب عليه التحليف، ثم كيفية التحليف على الحاصل فى هذا أن الكفالة إن كانت بالمال، حلفه بالله ماله قبلك هذه الألف درهم بسبب هذه الكفالة التى تدعيها يذكر بسبب هذه الكفالة التى يدّعيها، حتى لا يتأوّل كفالة أخرى غير ما وقع فيه الدعوى، وإن كانت كفالة بعرض يحلفه بالله ماله قبلك هذه الكفالة بسبب هذا الثوب الذى يدّعى، وفى النفس يقول: بالله ماله قبلك تسليم نفس فلان بسبب هذه الكفالة التى يدعيها.

١٤٥٧٤- رجل فى يديه سلعة لا تعلم لأحد فيها حقّا، جاء رجل وادّعى فيها

(١) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل: حتى سلم.

دعوى، وسع الذى فى يديه أن يحلفه البتة بالله ماله فيها حق؛ لأنه وجد سبب الملك فى حقه، وهو الاستيلاء، وأنه يقتضى انتفاء حق الغير، فكان له أن يعتمد على هذا السبب، ويحلف، ألا ترى أنه لو كان مكان ذلك فى يديه جارية كان له أن يعتمد على هذا السبب، ويطأها، فكذا يجوز الاعتماد عليه فى حق الحلف، ولو كان المدعى مع المدعى عليه تصالحا[1] عن دعوى المدعى على دراهم، ثم إن المدعى عليه جحد حق المدعى فيه، لا يسعه أن يحلف ماله قبلك حق حتى يعلم أنه لا حق له فى ذلك الشىء.

١٤٥٧٥- وإذا أحال الرجل غريمًا من غرماءه على رجل بألف درهم، ثم إن المحتال له قدّم المحيل إلى القاضى، وهو لا يرى أن الحوالة توجب براءة الأصيل، وذلك قبل أن يجحد المحتال عليه[2]، وقبل أن يفلس حل للمحيل أن يحلف ماله عليه، حتى إذا كان من رأى المحيل أن الحوالة توجب براءة الأصيل؛ لأن لكل أحد أن يتبع رأى نفسه فى المجتهدات ما لم يصر مقضيًا عليه، وإن قضى القاضى للمحتال له بمطالبة المحيل، وجعل الحوالة بمنزلة الكفالة، ثم أراد المحيل أن يحلف على براءة نفسه، لا يسعه ذلك؛ لأنه قضاء القاضى حصل فى محل مجتهد فيه؛ لأن من مذهب زفر والقاسم بن معين أن الحوالة لا توجب براءة الأصل، فصار المحيل مقضيًا عليه، فلا يتبع رأى نفسه بعد ذلك، ولا يحلف على براءة نفسه.

١٤٥٧٦- رجل فى يديه دار يزعم أن طائفة منها له يعلم مقدارها، أو لا يعلم، فادّعى رجل لنفسه فيها حقًا معلومًا، بأن ادّعى الثلث، أو الربع، فقال المدعى عليه للقاضى: أنا أعلم للمدعى فيها حقًا معلومًا، ولكن لا أدرى مقدار حقه، فادفع إليه ما أحببت لا ينبغى للقاضى أن يتعرض لذلك بشىء، ولكن يحلف المدعى عليه على ما ادعى المدعى، فإن نكل، فقد صار مقرًا بذلك، أو صار باذلا لذلك القدر، وأيًا ما كان فهو حجة، وإن حلف على ذلك المقدار المعين، فالقاضى يسكن المدعى مع المدعى عليه فى الدار بإقراره أن له فيها حقًا؛ لأنه قد أقر للمدعى بالشركة فيها، ولكن أنكر قدر ما ادّعاه المدعى، ولم يثبت القدر لما حلف عليه بقى أصل الشركة، ومن حكم الشركة فى

---

(١) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل: مع المدعى عليه جحد فصالحا... إلخ.

(٢) وفى الأصل: المحتال له.

الدار بين اثنين، أو بين جماعة أن يسكنوا فيها حتى ينتفع كل واحد بنصيبه بقدر الممكن.

١٤٥٧٧- قال فى كتاب الصُلح: رجل ادعى على رجل دينًا أو عينًا، والمدعى عليه ينكر ذلك، فاصطلحا على أن يحلف المدعى عليه، وهو برأ من المال، فحلف المدعى عليه، فالصلح باطل، والمدعى على دعواه إن أقام بينة أخذه بها، وهذا لأن المدعى عليه لو استفاد البراءة، إما أن يستفيد لهذا الصلح، ولا وجه إليه؛ لأن هذا صلح مخالف قضية الشرع؛ لأن قضية الشرع أن يمين المدعى عليه لا يمنع المدعى عن إقامة البينة.

وإما أن يستفيد البراءة بطريق إسقاط الحق، ولا وجه إليه أيضًا؛ لأن حق المدعى فى إثبات ما ادعاه بالبينة ثابت شرعًا على وجه لا يتمكن من إسقاطه مع بقاء أصل حقه، وأنه لم يسقط أصل حقه حين طلب يمين المدعى عليه.

وإما أن يستفيد البراءة بالتنصيص على البراءة عند الحلف، ولا وجه إليه؛ لأن البراءة معلق بالشرط، وتعليق البراءة بالشروط باطل، فإن لم يجد البينة، وأراد أن يستحلف المدعى عليه عند القاضى بعد ذلك، ينظر إن لم يكن الاستحلاف الأول بين يدى القاضى، فالقاضى يستحلفه ثانيًا؛ لأن اليمين عند غير القاضى غير معتبر؛ لأن المعتبر يمين قاطعة للخصومة، واليمين عند غير القاضى غير قاطعة للخصومة، وإن كان الاستحلاف الأول من القاضى، لايحلفه ثانيًا؛ لأن اليمين الأولى وقعت معتبرة؛ لأنها وقعت قاطعة للخصومة، وكذلك لو اصطلحا على أن المدعى لو حلف فالمدعى عليه ضامن للمال، وحلف فالصلح باطل، ولا شيء على المدعى عليه؛ لأنه صلح على مخالفة الشرع؛ لأنهما بهذا الصلح جعلا اليمين حجة للمدعى، واليمين فى الشرع لم يجعل حجة للمدعى.

١٤٥٧٨- قال هشام: سألت محمدًا رحمه الله عن رجل له على رجل مال مؤجل، فقدّمه إلى القاضى قبل أن يحل المال الذى يدعيه قبله، فحلف الرجل بالله ما له اليوم عليه شيء، وجهل القاضى، وقبل ذلك منه، هل يسع الحالف ذلك؟ قال: إن كان لا ينوى أنه يذهب بحقه، فأرجو أن لا يكون بأس، فقلت: فهل ينبغى للقاضى أن يقبل ذلك منه؟ قال: لا، ولكنه يحلفه بالله ما له قبله شيء.

١٤٥٧٩- وذكر في "المنتقى" في باب الاستحلاف : رجل له على رجل ألف درهم نسيئة، فأراد أن يحلفه بها عند القاضي، ينبغي للمدعي عليه أن يقول للقاضي : سلْه أ تدعي حالة أو نسيئة، فإذا قال حالا، يحلف بالله ما له عليّ هذه الألف التي يدعيها ويسعه، فإذا ادعى رجل على دعوى، وجحده المدعى عليه، واستحلفه القاضي على ذلك، فأبى أن يحلف، فإنه ينبغي للقاضي أن يقول له : إنك نكلت عن اليمين، ومن رأيي القضاء بالنكول، فأعرض عليك اليمين ثلاث مرات، فإن حلفت وإلا قضيتُ عليك بالمال، فإذا عرض عليه اليمين بعد ذلك ثلاث مرات، وأبى أن يحلف قضى عليه بالمال، هكذا ذكر الخصّاف رحمه الله في كتابه، وهو مروي عن أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله، ذكر روايتهم في كتاب الاستحلاف، وشرط الخصّاف أن يقول له القاضي في كل مرة : احلف، وإلا قضيت عليك.

١٤٥٨٠- واختلف المشايخ في أن التقدير بالثلاث في عرض اليمين، هل هو أمر لازم أم لا؟ وثمرة الاختلاف تظهر فيما إذا قضى القاضي عليه بالنكول في المرة الأولى هل ينفذ قضاءه؟ كان الحاكم الإمام أبو محمد الكوفي يقول : العرض ثلاث مرات لازم.

قيل : وهكذا رُوى عن أبي يوسف ومحمد، وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا : إنه ليس بلازم، وذكر شيخ الإسلام في "شرح السير الكبير" : أن القاضي إذا عرض اليمين على المدعى عليه، ولم يحلف، أو صرّح بأنه لا يحلف، فالقاضي لا يعرض عليه اليمين مرة أخرى، بل يقضي عليه، وإن سكت، فالقاضي يعرض عليه اليمين ثلاث مرات، ويقول في كل مرة : إن حلفت، وإلا قضيت عليك بالمال.

وذكر الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني في شرح كتاب الدعوى : أن القاضي لو قضى في المرة الأولى عامة المشايخ على أنه ينفذ قضاءه، وبعضهم قالوا : لا ينفذ قضاءه، قال محمد رحمه الله : والصحيح ما عليه عامة المشايخ.

وفي بعض نسخ كتاب الاستحلاف : وقال أبو حنيفة : لا يؤخر القضاء بعد إباء اليمين، وهذا اللفظ بظاهره يشير إلى أن الإباء مرة واحدة تكفي للقضاء؛ لأنه ذكر الإباء مطلقًا، ولم يذكر العدد، والإباء مرة إباء، فكان الحاكم الإمام أبو محمد الكوفي تأول قول أبي حنيفة، وكان يقول : معناه لا يؤخر القضاء بعد إباء اليمين ثلاث مرات، ثم

جعل النكول على هذه الرواية عن أبى حنيفة بمنزلة الإقرار ، معناه أن النكول حجة يجوز القضاء فى بعض الصور كالإقرار ؛ لا أن معناه أنه بمنزلة الإقرار من كل وجه ، ألا ترى أنه لا يقضى بالنكول فى الأشياء السبعة عنده ، ويقضى بها بالإقرار .

وجه قول من قال : بأن التقدير بالثلاث ليس بأمر لازم أن نكوله متعين للتورّع عن اليمين الكاذبة ، إلا أنه يستحب العرض ثلاث مرات ، حتى يتأمل ، هل عليه شيء أم لا؟ أو لأنه يحتمل أنه لم يفهم كلام القاضى ، فالقاضى يبلى عذره فيه ، والثلاث حسن لا بلا العذر ، ألا ترى أن المرتد يمهل ثلاثة أيام ، ولو لم يمهل ، وقبل فى اليوم الأول جاز ، كذا ههنا .

وجه القول الآخر أن النكول حجة محتملة ؛ لأنه يحتمل أنه نكل تورّعًا عن اليمين الكاذبة ، ويحتمل أنه نكل لاشتباه الحال ، فما لم يتأيد بمؤيد لا يعمل به ، فإذا نكل ثلاث مرات فقد وجد المؤيد ، وقبل ذلك لم يوجد المؤيد ، فلو أن القاضى عرض عليه اليمين ثلاث مرات ، وأبى أن يحلف ، فقضى عليه بالنكول ، ثم قال : أنا أحلف ، لا يلتفت إليه ؛ لأن قضاء القاضى قد نفذ ، وأفاد حكمه ، فلا يمكن نقضه بعد ذلك من غير حجة ، وهو معنى قول شريح فى مثل هذه الصورة : قد مضى قضاءى .

١٤٥٨١- ولو قال : أنا أحلف قبل أن يقضى عليه ، قُبل ذلك منه ، وهذا لأن النكول لا يكون حجة قبل اتصال القضاء به ، فلم يلزمه بسببه شيء ، فكان له أن يحلف ، بخلاف الإقرار ، ويقبل ذلك ؛ لأنه عسى كان النكول ليتأمل هل الأمر كما يزعم المدعى ، أو أنه صادق فى الإنكار؟ فإذا ظهر أن الأمر ليس كما زعم المدعى ، وأنه صادق فى الإنكار ، حلف ، فلهذا يقبل ذلك منه .

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله : وهو نظير ما قلنا فى أحد الزوجين : إذا أسلم أنه يعرض الإسلام على الآخر ثلاث مرات ، ويقول له القاضى : إن امتنعت عن الإسلام أفرّق بينك وبين صاحبك ، فإن امتنع فى المرة الثالثة ، فالقاضى يفرّق بينهما ، فإن قال بعد ذلك : أنا أسلم لا ينفعه إسلامه فى هذا النكاح ، وإن قال : أنا أسلم قبل قضاء القاضى بالفرقة ، فالقاضى لا يفرّق بينهما ، كذا ههنا .

ثم النكول الذى يترتب عليه القضاء عندنا مختص بمجلس القضاء ؛ لأن النكول

الذى يترتب عليه القضاء النكول عن اليمين القاطعة للخصومة، واليمين القاطعة للخصومة مختصّ بمجلس القضاء، ويشترط أن يكون القضاء على فور المنكول عند بعض المشايخ، وعلى قول الخصاف لا يشترط، وقد مرّ هذا من قبل.

١٤٥٨٢- قال الخصّاف: وإن استمهل المدعى عليه من القاضى يومين أو ثلاثة بعد ما عرض عليه القاضى اليمين ثلاث مرات، ونكل عن اليمين فى كل مرة، فلا بأس بأن يمهله القاضى؛ لأنه طلب من القاضى أن ينظر له بالتأخير، حتى ينظر فيه ويتأمّل، فيزول الاشتباه عنه، والقاضى نُصب ناظرًا، فلهذا قال: لا بأس بأن يمهله القاضى، وإن لم يمهل، وأمضى الحكم جاز؛ لأن دليل القضاء قد وُجد، وعسى أن يكون مراده من الإمهال تضييع حقه بالتأخير، وهو نظير المرتد إذا استمهل يمهل له ثلاثة أيام، وإن لم يمهل له وقَتَلَ جاز، كذا هنا.

فلو أن القاضى عرض عليه اليمين فى المرة الأولى، فقال: لا أحلف، فلما عرض عليه اليمين فى المرة الثانية، قال: أحلف، ثم لم يحلف، فالقاضى يحتسب بما سبق، حتى يعرض عليه اليمين مرة واحدة بعد ذلك، وإذا نكل قضى عليه.

وهذا التفريع إنما يتأتى على قول من يقول: بأن عرض اليمين ثلاث مرات أمر لازم، ولو أن القاضى عرض عليه اليمين فى المرة الأولى، فقال: لا أحلف، ثم استمهل ثلاثة أيام، فأمهله القاضى، فلما مضت الأيام الثلاث، فالقاضى يستقبل العرض عليه ثلاث مرات، ولا يحتسب بما سبق، وهذا التفريع أيضًا إنما يتلقى على قول من يقول: بأن عرض اليمين عليه ثلاث مرات لازم.

والفرق أن فى المسألة الأولى لو لم يحتسب بما سبق، لا يتمكن القاضى من القضاء بالنكول أصلا؛ لأنه كلما أراد أن يقضى عليه بالنكول يقول: أنا أحلف، فيحتاج إلى استقبال عرض اليمين ثلاث مرات، فيتعذر عليه القضاء، أما فى مسألة الاستمهال لو لم يحتسب بما سبق، لا يتعذر عليه القضاء بالنكول؛ لأنه لو استمهل مرة أخرى فالقاضى لا يمهله؛ ولأن عرض اليمين إنما يبقى معتبرًا إذا بقى الاستحلاف حقًا مستحقًا للمدعى، وفى المسألة الأولى بقى الاستحلاف مستحقًا للمدعى، فيبقى العرض معتبرًا، وفى المسألة الثانية لم يبقَ اليمين مستحقًا للمدعى، فلم يبقَ العرض معتبرًا.

١٤٥٨٣- قال: ولو أن المدعى عليه حين أنكر دعوى المدعى، وعرض عليه القاضى اليمين لم يقل: لا أحلف، ولكنه سكت، فالقاضى يقول له: إنى أعرض عليك اليمين ثلاثًا، فإن لم تحلف قضيت عليك بما ادّعى، ثم يعرض عليه اليمين ثلاثًا، فإن حلف وإلا ألزمه ذلك، فقد جعل الساكت ناكلا، وإنما جعل كذلك لأنه بالسكوت امتنع عن اليمين المستحقة، فصار به ظالمًا، فيجعله القاضى ناكلا ليقضى عليه، فيدفع ظلمه، ألا ترى أنه لو امتنع عن جواب المدعى بالسكوت، فالقاضى يجعله ناكلا، فكذا ههنا.

١٤٥٨٤- وبهذا تبين أن النكول نوعان: حقيقى، وحكمى، فالحقيقى أن يقول: لا أحلف، والحكمى أن يمتنع عن اليمين، ولكن إنما يجعل الإباء عن اليمين نكولا حكمًا إذا عرف أنه ليس فى لسانه آفة تمنعه عن اليمين، وإذا عرف أنه ليس فى أذنه ما يمنعه عن سماع كلام القاضى، وهذا لأن الإنسان قد يسمع كلام القاضى، ولكن لا يمكنه أن يجيب لآفة فى لسانه، وقد يمكنه أن يجيب، إلا أنه لا يمكنه أن يسمع لآفة فى سمعه، وما لم يسمع، ولم يقدر على الجواب لا يصير ظالمًا بالإباء عن اليمين، فلا يجعل امتناعه عن اليمين نكولا حكمًا، وفى مسألتنا هذه عرف أنه لا آفة فى لسانه، ولا فى سمعه؛ لأنه سمع كلام الخصم، وأجابه فى مجلس القاضى بالإنكار، فلهذا جعله ناكلا حكمًا.

١٤٥٨٥- ولو أن المدعى حين قدم المدعى عليه مجلس القاضى، وادعى عليه الحق الذى زعم أنه قبله، فسأله القاضى عن دعواه، فسكت، ولم يجب القاضى، لا بقليل ولا بكثير، وكلما كلّمه القاضى بشىء لم يرد عليه الجواب، فإن القاضى لا يجعله ناكلا لجواز أنه كان بسمعه آفة، فلم يسمع كلام القاضى، أو لم يكن بسمعه آفة إلا أنه كان بلسانه آفة، فسمع كلام القاضى، إلا أنه لم يقدر على الجواب، فلا يظهر ظلمه[1]، فلا يجعله القاضى ناكلا، ولكن إذا كان فى مجلس القاضى من يعرفه، فالقاضى يسأل عنهم، فإن شهدوا أنه عاقل ناطق سميع غير أبكم ولا أصمّ، فالقاضى يجعله ناكلا، ويقضى عليه؛ لأنه ظهر ظلمه فى الامتناع عن اليمين.

وأما إذا لم يكن فى مجلس القاضى من يعرفه، فإن القاضى يُقيمه عن مجلسه،

---

(١) وفى الأصل: فلم يظهر ظلمه.

ويأخذ منه كفيلا، حتى يسأل عن معارفه وجيرانه، فإن سأل، وأخبر أنه لا آفة به، أعاده إلى مجلسه، فإذا أعاده إلى مجلسه، وهو ساكت بعد لا يتكلم، أجمعوا على أن القاضي ينزله منكرًا في حق سماع البينة عليه، حتى لو أقام المدعى عليه بينة، قبلت بينته، وقضى عليه بالمال المدعى به.

وأما في حق عرض اليمين عليه ثلاث مرات، والقضاء عليه بالنكول، هل ينزله منكرًا؟ ذكر الخصاف رحمه الله أنه ينزله منكرًا، بعض مشايخنا قالوا: هذا على قولهما، فأما على قول أبي حنيفة: فالقاضي يحبسه، ولا يقضي عليه بالنكول، وذكر الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي أن ما ذكر في الكتاب قول أبي حنيفة ومحمد، أما على قول أبي يوسف فالقاضي: لا يقضي عليه، بل يحبسه حتى يجيب أو يحلف.

وجه قول من قال: يستحلف، ويقضي عليه أنه جعل منكرًا في حق سماع البينة عليه، فكذا في عرض اليمين؛ لأن المعنى لا يختلف، لا يعرض عليه اليمين أن الإنكار لم يوجد حقيقة، والشرع إنما شرع عرض اليمين، والقضاء بعد ذلك بناء على الإنكار الحقيقي، ولم يوجد وإن علم القاضي أن بلسانه آفة بأن علم أنه أخرس، أمره أن يجيب بالإشارة، ويعمل بإشارته؛ لأن الإشارة من الأخرس قائمة مقام الكلام من الناطق، ألا ترى أنه يعمل بإشارته في حق النكاح والطلاق، فإن أشار بالإقرار، تم الإقرار وإن أشار بالإنكار، عرض عليه اليمين، فإن أشار بالإجابة كان يمينًا، وإن أشار بالإباء، يكون نكولا، فيقضي عليه بالنكول.

حكى عن موسى بن سليمان قال: سمعت محمد بن الحسن إذا أراد القاضي أن يستحلف الأخرس يقول له: عليك عهد الله إن كان لهذا عليك هذا الحق، ويشير الأخرس برأسه أي نعم، ولا يستحلفه بالله ما لهذا عليك هذا الحق، ويشير برأسه أي نعم، وهذا لأن في قوله: بالله ما لهذا عليك هذا الحق لا بد وأن يقول القاضي: قل: بالله ليعرف الأخرس أنه يطلب منه اليمين؛ لأن قوله: بالله ليس بخطاب الأخرس، ولا يبنى عن إلزام[1] الأخرس، فلا بد من خطابه بقوله: قل ليعرف أنه طلب منه اليمين، بخلاف قوله: عليك عهد الله. فإن هناك لا يحتاج إلى أن يقول له القاضي: قل على عهد الله؛

(١) هكذا في ظ، وكان في م: فلا يبنى عن التزام.

لأن قوله عليك خطاب الأخرس، وفيه ما ينبى عن إلزامه عليه، فيعرف الأخرس أن القاضى يطلب منه اليمين، فلا حاجة إلى الخطاب بكلمة قل.

ثم إنما[1] الفرق جاء بين الصورتين باعتبار أن الإشارة من الأخرس صحت إذا كانت معروفة كالكلام من الناطق، ولو قال للناطق: عليك عهد الله إن كان لهذا عليك كذا، فقال: نعم، كان يمينًا؛ لأن نعم يتضمن إعادة ما فى السؤال فى غير الإيجابات، وقوله: عليك عد الله ليس بإيجاب، فيصير معادًا بقوله: نعم، فكأنه قال: علىّ عهد الله إن كان لهذا علىّ كذا، ولو قال: هكذا كان يمينًا، فإذا عرفت هذا فى الناطق كذا فى الأخرس إذا أشار بنعم.

١٤٥٨٦- ولو كان قال للناطق: قل: بالله ما لهذا عليك ألف درهم، فقال الناطق: نعم، لايكون ذلك يمينًا؛ لأن قوله: قل: بالله هذا أمر، وقوله: نعم فى جواب الأمر لا يجعل جوابًا، ولا يتضمن إعادة ما فى الأمر، ألا ترى أنه إذا قيل فى العُرف لرجل: أدخل هذه الدار، فقال: نعم، لا يجعل جوابًا، وإذا لم يتضمن إعادة ما فى الأمر لا يصير إشارة الأخرس بنعم[2] جوابًا متضمنًا إعادة ما فى الأمر، فلا يصير الأخرس حالفًا.

وعن بعض المتأخرين من مشايخنا: أن من ادعى عينًا فى يدى أخرس، فالأخرس يحلف على البتات بالله كه اين عين ملك تُوست، ولا يحلف على النفى بالله كه اين عين ملك اين مدعى نيست؛ لأنه لو حلف على النفى، فهو يشير بالنفى، وفيه احتمال يحتمل أن يكون نفيًا لليمين، يعنى سوگند نمى خرم، فيحلف على البتات تحرّزًا عن هذا الاحتمال.

١٤٥٨٧- وإذا كان المدعى أخرس، وله إشارات معروفة، وخصمه صحيح، فالقاضى يحلفه بطلب الأخرس، ويحلفه بالله الذى لا إله إلا هو كما إذا كانا صحيحين، وإن كان المدعى عليه أصم مع كونه أخرس، والقاضى يعرفه أنه أصم، فإن القاضى يكتب له، ويأمره أن يجيب بالكتابة، وإن كان لا يعرف الكتابة، وله إشارة معروفة،

---

(١) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل: ثم إن مكان ثم إنما.

(٢) وفى م: بنفسه مكان بنعم.

يؤمر بالإشارة ليجيب، ويعامل معه كما يعامل مع الأخرس، وإن كان المدعى عليه مع كونه أخرس أصم أعمى، فالقاضى ينصب عنه وصيًّا، ويأمر المدعى بالخصومة معه، إذا لم يكن له أب، أو جد، أو وصيهما.

وإن عرف القاضى خللا فى عقل المدعى عليه، أو عرفه عديم العقل، فإن كان له أب أو جد، أو وصى أب، أو وصى جد، يحضره مجلس الحكم، حتى يدعى عليه، وإن لم يكن له واحد من هؤلاء، نصب عنه خصمًا[١]، ثم يسمع الخصومة عليه نظرًا للمدعى بقدر الممكن.

١٤٥٨٨- ولو ادعى رجل على رجل مالا بحكم الشركة، وجحد المدعى عليه ذلك، ثم إن المدعى عليه قال: كان فى يدىّ من مالك كذا وكذا بحكم الشركة، ولكن قد دفعته إليك، وأنكر المدعى الدفع والقبض، هل يحلف المدعى على الدفع والقبض؟ يُنظر إن كان المدعى عليه أنكر الشركة، وكون مال الشركة فى يده أصلا، بأن قال: لم يكن بينى وبينك شركة قط، وما قبضت منك شيئًا بحكم الشركة، لا يحلف المدعى على القبض، وإن كان المدعى عليه قال وقت الإنكار: ليس فى يدىّ من مال الشركة شىء، يحلف المدعى، وهذا لأن التحليف يترتب على دعوى صحيحة، وفى الوجه الأول لم يصح لمكان التناقض؛ لأن الجمع بين إنكار الشركة أصلا وبين دعوى ردّ مال الشركة غير ممكن، أما فى الوجه الثانى الدعوى قد صحّ لانعدام التناقض؛ لأنه يمكن أن يقول: ليس فى يدىّ من مال شركتك شىء؛ لما أنى قد دفعت إليك مال الشركة قبل هذا.

١٤٥٨٩- ولو ادّعى عبدًا فى يد غيره، فقال صاحب اليد: إنه لفلان الغائب أودعنيه، لا تندفع الخصومة عنه ما لم يقم البينة على ما ادعى عندنا، وهى المسألة الخمسة، وإذا لم تقم بينة على ما ادعى، حتى بقى خصمًا كان للمدعى أن يستحلفه على دعواه، فإن حلف برئ عن الخصومة، وإن نكل قضى عليه بما ادعاه المدعى، فإن جاء المقر له الأول، كان له أن يأخذ العبد من المدعى؛ لأن إقرار صاحب اليد الأول كان سابقًا على إقراره للمدعى، فيثبت حق الأول فى زمان لايزاحم المدعى فيه، ثم يقال للمدعى: أنت على خصومتك مع الأول، فإن أقام بينة على أنه له أخذه منه، فإن لم تكن له بينة

---

(١) وفى الأصل: ينصب عنه خصمًا.

على ذلك استحلف الأول، فإن حلف، برئ عن خصومة المدعى، وإن نكل قضى عليه بالعبد للمدعى؛ لأنه صار هو الخصم، وترتيب الحُجج بين الخصوم ما ذكرنا، هذا إذا أقر به الأول، ونكل المدعى بعد ذلك، ولو لم يقل: شيئًا حتى استحلفه المدعى، ونكل، وقضى به للمدعى، ثم أقر به للغير لايصح إقراره، ولا يضمن لذلك الغير شيئًا.

١٤٥٩٠- ولو أن رجلا فى يديه أمة، أو عبد أو عرض من العروض، جاء رجلان، وادعى كل واحد منهما أنه له، وقدّماه إلى القاضى، فسأله القاضى دعواهما، فإن أقر به لأحدهما، وجحد الآخر، يؤمر بالتسليم إلى المقر له؛ لأن بدعواهما لايبطل ملكه ويده، فإقراره يكون إقرارًا على نفسه، فيصح ويؤمر بالتسليم إليه، فإن أراد الآخر استحلافه، لا سبيل له عليه، ويكون الخصومة للآخر مع المقر له؛ لأن فائدة الاستحلاف النكول الذى هو إقرار أو بذل، وبعد ما خرج عن ملكه، لا يصح منه البذل، ولا الإقرار، فإن قال الآخر للقاضى: إنما أقر به له ليدفع اليمين عن نفسه، فحلفه لى، فالقاضى يحلفه على ذلك، هكذا ذكر الخصاف رحمه الله فى "أدب القاضى"، وأنه ليس بصواب، والصواب أنه لا يحلفه؛ لما ذكرنا أن فائدة الاستحلاف النكول الذى هو بذل أو إقرار.

١٤٥٩١- ولو كان مكان دعوى الملك المطلق دعوى الغصب، بأن ادعى رجلان عينًا فى يدى الثالث ادعى كل واحد أن العين له غصبه صاحب اليد منه، وقدّماه إلى القاضى، فأقر بالغصب من أحدهما، وأمر بالتسليم إليه، فأراد الآخر أن يستحلفه، كان له ذلك؛ لأنه لو أقر للثانى يصح إقراره؛ لأنه يفيد إيجاب الضمان عليه إن كان لا يفيد استحقاق العين؛ لأنه يقر للثانى بالغصب حسب إقراره للأول، وقد عجز عن رده إلى الثانى، والعجز عن رد المغصوب يوجب الضمان على الغاصب حصل العجز من جهة الغاصب، أو من جهة القاضى، بخلاف مسألة دعوى الملك المطلق، فإن هناك لو أقر الثانى بعد ما أقر للأول، ودفع إلى الأول بقضاء لا يضمن شيئًا؛ لأنه ما أقر للثانى بسبب الضمان؛ لأن مجرد الإقرار لا يصلح سببًا للضمان فى حق الثانى؛ لأنه لا يزيل ملكه، ألا ترى أن الثانى لو أقام بينة[1] أنه ملكه أخذه من الأول، وإذا خرج الإقرار من البين بقى

(١) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل: لو أقام بينة للضمان؛ لأن مجرد الإقرار أنه ملك أخذه من الأول.

التسليم، وأنه حصل بقضاء، وأنه لايصلح سبب ضمان، وإذا كان لا يضمن للثانى لو أقر أن العين له لم يكن الاستحلاف مفيداً لاستحقاق العين، ولا لاستحقاق القيمة، فلايستحلف.

١٤٥٩٢- ولو كان مكان دعوى الغصب دعوى الإيداع بأن ادعى كل واحد الوديعة فى العين، فقال كل واحد: هذا العين لى أودعته من هذا، فأقر به لأحدهما، وأمره القاضى بالدفع إليه، فأراد الأخر أن يستحلفه، لا يكون له ذلك؛ لأنه لو أقر للآخر بالعين[١] بعد ذلك، لا يضمن له، وإن صار العين تالفًا على الآخر؛ لأنه ما صار تالفًا بمجرد إقراره إنما صار تالفًا بالدفع إلى الأول[٢]، والدفع إلى الأول حصل بقضاء قاضٍ، وإذا كان لا يلزمه الضمان لو أقر به للثانى، لم يكن الاستحلاف مفيدًا، وعلى قول محمد: كان له أن يستحلف؛ لأنه لو أقر للثانى، يلزمه الضمان؛ لأنه بعقد الوديعة التزم الحفظ، والتزم الضمان بترك الحفظ، فإذا أقر به للأول، فقد سلّطه على الأخذ، فصار تاركًا الحفظ[٣] فى حق الثانى، فيلزمه الضمان، كما لو دل سارقا على سرقة الوديعة، وإذا كان يلزمه الضمان لو أقر للثانى كان الاستحلاف مفيدًا، فيستحلفه.

هذا إذا أقر به لأحدهما، فأما إذا أقر لهما أمر بالتسليم إليهما، ولا يضمن لواحدٍ منهما شيئًا، أما فى دعوى الملك المطلق فظاهر، وأما فى دعوى الوديعة، أما على قول أبى يوسف: فظاهر أيضًا، وأما على قول محمد: فلأنه إنما يصير مقرّاً لكل واحد منهما بالنصف، وقد سلّم إلى كل واحد منهما ما أقر له، فلا يصير[٤] تاركًا الحفظ الملتزم فى حق كل واحد منهما، بخلاف ما إذا أقر لأحدهما أولا، ثم أقر به للآخر؛ لأن هناك لم يسلم إلى الثانى ما أقر له، فصار تاركًا للحفظ المستلزم فى حق الثانى، فيضمن له عند محمد.

وأما فى دعوى الغصب، فلأنه صار مقرّاً لكل واحد منهما بالنصف، وقد سلّم

---

(١) هكذا فى الأصل، وكان فى ظ: لو أقر الآخر وفى م: لو أقر لآخر بالعين.

(٢) كذا فى ظ وم، وكان فى الأصل: إلى الأول عند أبى يوسف، والدفع إلى الأول.

(٣) وفى الأصل تاركًا للحفظ.

(٤) وفى الأصل وم: فلم يصر.

إلى كل واحد منهما ما أقر له، بخلاف ما إذا أقر به لأحدهما، ثم أقر به للثانى، فإن أراد أحدهما أن يحلفه على النصف الآخر لنفسه، أو أراد كل واحد منهما أن يحلفه على النصف الآخر لنفسه، ففى دعوى الملك المطلق لا يحلف، وفى دعوى الغصب يحلف، وفى دعوى الوديعة على قول أبي يوسف : لايحلف، وعلى قول محمد : يحلف.

وأما إذا جحد لهما، وطلب كل واحد منهما من القاضى أن يحلفه له، فالقاضى لايحلف بالله ما هذا العبد لهما؛ لأن كل واحد منهما يدعى جميع العبد، فكيف يستحلف له فى نصفه؟ وهذا تحليف لكل واحد منهما فى النصف، ولكن يستحلف لكل واحد منهما بعد هذا اختلف المشايخ بعضهم قالوا : يحلف لهما يمينًا واحدة بالله ما هذا العبد لهما، لا لهذا، ولا لهذا، ولا يحلف لكل واحد منهما يمينًا على حدة؛ لأن عند ذلك يحتاج البداية بأحدهما، وفيه تفويت التسوية.

وبعضهم قالوا : يحلف لكل واحد منهما يمينًا على حدة، والرأى فى ذلك للقاضى إن شاء بدأ بأحدهما من غير إقراع، وإن شاء أقرع بينهما تطييبًا لقلوبهما، ونفيًا للتهمة عن القاضى.

١٤٥٩٣- ثم إذا حلف لكل واحد منهما يمينًا على حدة، فالمسألة على ثلاثة أوجه: الأول : إذا حلف لهما، وفى هذا الوجه برئ عن دعواهما، وهذا ظاهر، الثانى : إذا حلف لأحدهما، ونكل لآخر، وأنه على وجهين : إن حلف للأول برئ عن دعواه، وإن نكل للآخر، قضى بكل العين، كما إذا ادعى هو وحده، فحلف ونكل، وإن نكل للأول، فالقاضى لا يقضى بنكول للأول، بل يحلف للآخر، وينتظر حاله مع الآخر، بخلاف ما لو أقر به لأحدهما، فإن هناك القاضى يقضى بالعين للمقر له، وفى النكول قال : لا يقضى للذى نكل له.

والفرق أن الإقرار حجة موجبة للحق بنفسه، لا يتوقف على قضاء القاضى، فحين أقرّ به للأول، فقد ثبت الحق للأول، فيؤمر بالتسليم إليه، فأما النكول لايوجب الحق بنفسه، بل يتوقف على قضاء القاضى، فإن القاضى بالقضاء ينزله مقرًا، أو باذلا على حسب ما اختلفوا فيه، فحين نكل للأول لم يثبت له الحق بنكوله، بل يتوقف على القضاء، ولا يمكن للقاضى القضاء للأول ما لم يستحلف للثانى، فلو أنه قضى للذى

نكل له أولا مع أنه لا ينبغى أن يفعل ذلك، نفذ قضاءه؛ لأنه حصل فى محل مجتهد فيه، فإن الموضع موضع اشتباه الدليل؛ لأن النكول إقرار، ولأنه من العلماء من قال: يجوز للقاضى أن يقضى للذى نكل أولا، وهو مروى عن أبى يوسف.

١٤٥٩٤- ولو نكل لهما فهو على وجهين: إما إن نكل لهما جملة، بأن حلفه القاضى لهما يمينًا واحدة، كما هو قول بعض المشايخ، أو نكل لهما على التعاقب، بأن حلف القاضى لكل واحد منهما يمينًا على حدة، كما هو قول بعض المشايخ، والحكم فى الوجهين واحد، وإنما كان الحكم فى الوجهين واحد؛ لأن النكول ليس بحجة فى نفسه، وإنما يصير حجة بقضاء القاضى، وحال ما يقضى القاضى فقد اجتمع النكولان، فكأنه نكل لهما جملة.

١٤٥٩٥- جئنا إلى بيان الحكم، فنقول: فى دعوى الملك المطلق القاضى يقضى بالعين بينهما، وفى دعوى الغصب القاضى: يقضى بالعين بينهما وبقيمة العين بينهما، فرق بين النكول وبين الإقرار، فإنه إذا أقر بالغصب منهما يقضى بالعبد بينهما، ولا يضمن شيئًا من قيمة العبد، لا لهما، ولا لأحدهما.

والفرق أن الإقرار حجة فى نفسه، لا يبتنى على الدعوى، ولهذا يصح قبل الدعوى، فإذا أقر بغصب العبد منهما، فقد أقر بغصب النصف من كل واحد منهما، فإذا دفع العبد إليهما فقد وصل إلى كل واحد منهما نصف العبد، فلا يكون يلزمه شىء آخر، فأما النكول يبتنى على الدعوى، فكل واحد من المدعيين ادعى لنفسه جميع العبد، فيكون نكوله لكل واحد منهما فى جميع العبد، فاستحق كل واحد منهما عليه جميع العبد، ولم يصل إلى كل واحد منهما إلا نصفه، فيضمن قيمة العبد بينهما ليصل إلى كل واحد منهما نصف العبد معنىً، وفى دعوى الوديعة القاضى يقضى بالوديعة[1] لهما، ولا يقضى بشىء من قيمة العبد عند أبى حنيفة، وعند محمد يقضى بقيمة العبد بينهما، كما فى دعوى الغصب.

١٤٥٩٦- ولو أن رجلا فى يديه عبد، ورثه من أبيه، جاء رجل وادعى أن هذا العبد عبده أودعه أباه الميت، وأنكر صاحب اليد، فإنه يستحلف صاحب اليد على

---

(١) وفى م: بالعين مكان بالوديعة.

دعواه، ولكن يستحلف على العلم، وهذا ظاهر، فإن حلف برئ، وإن نكل قضى به عليه، ثم إذا قضى به عليه، وأمر بالتسليم إلى المدعى، وسلّم جاء رجل وادعى بمثل ما ادعاه الأول، وأراد أن يستحلف المدعى عليه، ليس له ذلك.

فرّق محمد رحمه الله بين هذه المسألة، وبينما إذا ادعى كل واحد من المدعيين أنه أودعه من صاحب اليد، واستحلف للأول، ونكل له، فإنه يستحلف للثانى، والفرق أن فى تلك المسألة إنما يستحلف للثانى عند محمد رحمه الله؛ لأن الاستحلاف مفيد؛ لأنه لو أقر للثانى يضمن للثانى لتركه الحفظ الملتزم بعقد الوديعة فى حق الثانى، أما هنا فالاستحلاف لا يفيد؛ لأنه لو أقر بذلك للثانى، لا يضمن للثانى شيئًا؛ لأنه ما ترك الحفظ الملتزم بعقد الوديعة فى حق الثانى؛ لأن الابن ليس بمودع، بل حصل المال أمانة فى يده، وفى مثله لا يجب الضمان بترك الحفظ[1]، فلم يكن فى الاستحلاف فائدة ههنا، فلا يستحلف.

قالوا: وهذا إذا لم يكن فى يد الابن شىء من تركة الأب سوى هذا العبد، أما إذا كان فى يدى الابن شىء من تركة الأب سوى هذا العبد، يستحلف للثانى عند محمد؛ لأنه لا يصح إقراره للثانى، فيستحلف له أيضًا، وهذا لأن المدعى يدعى على الميت تجهيل الوديعة، وتجهيل الوديعة سبب وجوب الضمان، فكان هذا دعوى الدين على الميت، وإقرار الوارث بالدين على الميت إذا كان فى يده شىء من التركة صحيح، فيستحلف، وإذا نكل يقضى عليه بنكوله، ويؤخذ ذلك مما فى يده.

١٤٥٩٧- ولو كان هذا الدعوى فى الغصب، لا يستحلف للثانى أيضًا إذا لم يكن فى يديه شىء من تركة الأب سوى هذا العبد؛ لأنه لو أقر للثانى فى هذه الصورة لايصح إقراره، ولا يضمن له شىء؛ لأنه ليس بغاصب حتى يضمن للثانى بالأخذ السابق، والتسليم ما كان عن اختيار، فلهذا لا يضمن للثانى، وإذا لم يكن عليه ضمان للثانى لم يكن استحلافه للثانى مفيداً، فلا يستحلف له.

١٤٥٩٨- وإذا ادعى على عبد محجور عليه مالا أو حقا من الحقوق، فالخصم فى ذلك العبد، حتى كان للمدعى حق إحضاره، فإذا أحضره، وأنكر دعواه، فله أن

---

(١) وفى الأصل: بتركه الحفظ.

يستحلفه ، أما إذا كان المدعى به مالا يؤاخذ عليه العبد به فى الحال ، كدين الاستهلاك وما أشبهه فظاهر ؛ لأن دين الاستهلاك ظاهر فى حق المولى ، حتى يباع العبد فيه ، فصار كدين التجارة فى حق المأذون ، وأما إذا كان مالا لا يؤاخذ به العبد للحال ، وإنما يؤاخذ به بعد العتق كدين الكفالة ، وكمهر امرأة تزوجها بغير إذن المولى ، ودخل بها ، فلأنه يدعى عليه معنًى لو أقر به يلزمه ، فإنه يؤاخذ به بعد العتق ، فإذا أنكر يستحلف رجاء النكول ، فإن حلف برئ عن الدعوى ، وإن نكل ثبت الحق ، ويصير المدعى إلى أن يعتق ، هكذا ذكر الخصاف فى "أدب القاضى" .

١٤٥٩٩- قال الصدر الشهيد : وتصير مسألة العبد المحجور رواية فى الدين المؤجل إذا ادعاه صاحب الدين ، وأنكره المديون ، فأراد صاحب الدين أن يحلفه ، هل له ذلك؟ فقد اختلف المشايخ فيه بعضهم ، قالوا : يحلف استدلالا بمسألة العبد المحجور ، فإنه فى الموضعين جميعًا المال واجب فى الحال ، وإنما تأخرت المطالبة ، وهكذا رُوى عن أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ، وقد ذكرنا روايتهما فى صدر هذا الفصل .

وبعضهم قالوا : لا يحلف وهذا القائل يفرق بين المسألتين ، والفرق أن التأخير فى الدين المؤجل بدليل موجب له ، وهو التأجيل ، فأوجب التأخير مطلقًا ، فلم يبقَ واجب الأداء فى الحال ، فلم تصح مطالبة المدعى إياه فى الحال ، فلم يتوجه اليمين ، أما فى العبد لا تأجيل فى الدين ، فكان واجب الأداء للحال ، ولهذا لو جاء إنسان ، وكفل به صح ، ويطالب الكفيل به للحال ، لكن تأخرت المطالبة ضرورة العُسرة ، فلا يظهر التأخير فى حق توجّه اليمين عليه ، كما لو ادعى على المعسر العاجز ، وجحده ، فإنه يتوجه عليه اليمين ، وإن كان لا يطالب به للحال .

ومن العلماء من قال : إذا كان المدعى به مالا لا يؤاخذ به العبد المحجور عليه فى الحال ، وأراد المدعى أن يحضر العبد مجلس الحكم ، فللمولى أن يمنعه من ذلك ، ويقول له : لى حق استخدامه ، فإذا أحضرته باب القاضى عجزت عن استخدامه ، والاستخدام مستحق لى ، فليس لك إبطاله ، هذا كما قلنا : فى الرجل تزوّج أمة من إنسان ، كان له أن يمنعها من الزوج ، وإن كان للزوج حق الاستمتاع بها بحق النكاح كيلا يفوت حق الاستخدام على المولى ، كذا ههنا ، وإلى هذا القول مال الشيخ الإمام فخر الإسلام على

البزدوى، وإن وقع الدعوى على عبد مأذون له فى التجارة، فالجواب فيه كالجواب فى العبد المحجور عليه يحلف العبد سواء كان المدعى به ما لا يؤاخذ به المأذون فى الحال، أو يؤاخذ به بعد العتق، هكذا ذكر الخصاف، ومن قال فى العبد المحجور: إذا كان المدعى به ما لا يؤاخذ به العبد للحال إذا أراد أن يحضر العبد مجلس الحكم، فللمولى أن يمنعه، يقول فى المأذون كذلك؛ لأن المدعى لا ينتفع بتحليفه وخصومته للحال، وللمولى فيه ضرر، فإن الخصومة مع العبد وجرّه إلى باب القاضى، يشغله عن خدمة المولى، وخدمة المولى حقه، فكان للمولى أن يمنع المدعى من ذلك.

١٤٦٠٠- وإن وقع الدعوى على صبى محجور عليه، فإن لم يكن للمدعى بينة لايكون له حق إحضاره؛ لأنه لا فائدة فى إحضاره؛ لأنه لو أقر لا يصح إقراره، ولا يتوجه عليه اليمين؛ لأن اليمين للنكول، ونكوله ليس بحجة؛ لأنه لا يزيد درجته على صريح الإقرار منه، ليس بحجة، فكذلك النكول.

وإن كان للمدعى بينة، وكان يدعى عليه الدين بسبب الاستهلاك، هل يشترط إحضاره؟ فالكلام فيه يأتى بعد هذا فى فصل آخر إن شاء الله تعالى، وإن وقع الدعوى على صبى مأذون، فقد ذكر فى الفتاوى: صبى مأذون باع شيئًا، ووجد المشترى به عيبًا، وأراد رده على الصبى، وأنكر الصبى كون هذا العيب فى يده، وأراد المشترى أن يحلفه، قال: لا يمين عليه حتى يدرك، وعن محمد رحمه الله لو حلف وهو الصبى، ثم أدرك لا يحلف، فهذا دليل على أن يمينه معتبرة.

وفى "النوادر": يحلف الصبى المأذون، ويقضى عليه بنكوله بمنزلة البالغ، وفى إقرار "الأصل" فى باب الإقرار: بترك اليمين الصبى التاجر يستحلف، وكذا العبد التاجر.

١٤٦٠١- وفى "كتاب الأقضية": الصبى المأذون إذا أقرّ بدين التجارة، يصح إقراره، وإذا ادعى ذلك عليه، وأنكر يستحلف، وإذا أقر بدين ليس هو دين التجارة، لايصح إقراره، وإذا ادعى عليه ذلك، وأنكر لا يستحلف، وفيه أيضًا إذا وقع الدعوى على الصبى التاجر فيما ورثه عن أبيه، يستحلف فى ظاهر الرواية، وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه لا يستحلف.

١٤٦٠٢- وفى الفتاوى : دار فى يدى صبى ، يدعى رجل أن أباه غصبها منه ، لايحلف الصبى عليه ؛ لأنه لا فائدة فيه ، ولا ينزع الدار من يده ؛ لأنه مالكها ظاهراً ، وذكر أبو الحسن بن عمار الطبرى فى كتابه إذا كان صبى مأذون ادعى على رجل ، لا يمين عليه ، ولو أقر به جاز .

١٤٦٠٣- وإذا ادعى مسلم على ذمى خمراً بعينه يصح ، وإذا أنكر يستحلف ؛ لأنه لو أقر به يصح ، فكان الاستحلاف مفيداً ، وإذا ادّعى عليه استهلاك خمر لايستحلف ؛ لأنه لو أقر به ، لا يلزمه شيء ، فلا يفيد الاستحلاف ، قال : ويجوز الافتداء عن اليمين بالدراهم ، وكذا يجوز الصلح عن اليمين على دراهم حتى لايكون للمدعى أن يحلف المدعى عليه بعد ذلك ؛ لأن الافتداء عن اليمين ، والصلح عن اليمين صلح عن إنكار ، وبعد الصلح عن الإنكار ، لايسمع دعوى المدعى فيما وقع الصلح عنه[1] .

١٤٦٠٤- قال : رجل ادّعى عيناً فى يدى رجل ، وأراد استحلاف المدعى عليه ، فإن قال المدعى عليه العين فى يدى ميراث ، وعلم القاضى ذلك ، أو لم يعلم ، ولكن أقر المدعى بذلك ، أو لم يقر المدعى بذلك ، ولكن أقام المدعى عليه بينة على ذلك ، ففى هذه الوجوه كلها التحليف على العلم ، بحلف المدعى عليه بالله ما تعلم أن عليك تسليم هذا العين إلى هذا المدعى ؛ لأنه فى الحاصل تحليف على فعل الغير ؛ لأن الوارث يملك الموروث بفعل غيره ، وهو موت المورث ، لا بفعله ، ولهذا ملكه قبل ، أو لم يقبل ، وإن لم يعلم القاضى حقيقة الحال ، ولا أقر المدعى بذلك ، ولا أقام المدعى عليه بيّنة على ذلك ، فالقاضى يكلّفه البينة[2] ؛ لأن سبب استحقاق اليمين على البتات قد تقرر ، وهو كون العبد فى يده ، فهو بقوله : وصل إلىّ بالميراث يريد إسقاط يمين البتات عن نفسه ، فلا يصدق عليه إلا بحجة .

فإن طلب المدعى عليه من القاضى أن يحلف المدعى ما وصل إليه من جهة

(١) وفى الأصل : فيما وضع المدعى عنه .

(٢) هكذا فى ظ وم ، وكان فى الأصل : يحلفه البتة .

الميراث، فالقاضي يحلفه؛ لأنه يدعى سقوط يمين البتات عن نفسه، والمدعى إذا[1] أقر بذلك، يلزمه، فإذا أنكر يستحلف، ولكن يحلف على العلم بالله ما تعلم أنه وصل إليه بالميراث؛ لأنه تحليف على فعل الغير، فإن حلف المدعى على ذلك انتفى الوصول إلى المدعى عليه بجهة الميراث، فيستحلف حينئذٍ البتة، وإن نكل صار مقرّاً أنه وصل من جهة الميراث، فيحلف المدّعى عليه حينئذٍ على العلم.

١٤٦٠٥- وإن قال المدعى عليه: وصل العين إلى يدى بالشراء، أو بالهبة، أو بالصدقة من جهة فلان يحلف على البتات بالله ما عليك تسليم هذا العين إلى هذا المدعى، وهذا مذهبنا خلافًا لابن أبى ليلى، والمسألة قد مرّت فى صدر هذا الفصل.

وإن كان المدعى عليه يدّعى لنفسه ملكًا مطلقًا يحلف على البتات أيضًا، وإن احتمل دعوى الملك المطلق دعوى التملك بفعل غيره من كل وجه، وهو الميراث، ودعوى التملّك بفعل نفسه من كل وجه، كالاصطياد والاحتشاش إلا أن الترجيح لجانب اليمين على البتات؛ لأن فيه زيادة زجر، وقد مرّ نظير هذا الفصل.

١٤٦٠٦- قال الخصّاف رحمه الله فى "أدب القاضى": العبد المأذون له فى التجارة إذا اشترى جارية، ووطئها، ثم استحقت من يده، وهى ثيّب إن أقر العبد بذلك الساعة، لا يلزمه شيء؛ لأنه لو أقر بالوطء بعد ما استحقت لا يلزمه العقر فى الحال، وإنما يلزمه بعد العتق، ومعنى قوله: وإن أنكر، وأراد استحلافه أن العبد لو أنكر الوطء بعد ما استحقت الجارية، وأراد المستحق استحلاف العبد على الوطء بعد استحقاقها حلف بالله يجب أن يعلم بأن المأذون بمنزلة الحرّ فى حق بعض الأحكام، وبمنزلة المحجور فى حق البعض، ألا ترى أنه لو أقر بثمن جارية اشتراها يؤاخذ به للحال كالحر.

١٤٦٠٧- ولو أقر بمهر امرأة أو أقر بالجناية لا يؤاخذ به فى الحال، وإنما يؤاخذ به بعد العتق، ولكن إذا جحد المأذون له ما يلزمه فى الحال، وما يؤاخذ به بعد العتق، وأراد المدعى استحلافه، يحلف كما فى المحجور عليه على ما ذكرنا قبل هذا، وهو اختيار الخصّاف رحمه الله.

ثم إن الخصّاف لم يصحح إقرار المأذون بوطء الثيّب بعد ما ورد عليها الاستحقاق

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم: لو مكان: إذا.

فى حق لزوم العقر للحال، وجعله فى هذا كالمحجور، ومن المتأخرين من صحّح ما ذكر الخصّاف رحمه الله، وفرق بين الثيّب وبين البكر، فإن الجارية المشتراة إذا كانت بكرًا، أو استحقت من يد المأذون، وأقر بوطءها بعد الاستحقاق، يلزمه العقر فى الحال.

والفرق أن المستوفى بوطء البكر صفة البكارة مال، ولذا يزداد مالية الجارية باعتبار هذه الصفة، وينتقص بفواتها، وتصير هذه الصفة مستحقة بالشرط، كما فى باب البيع، فثبت أنها مال، فقد أقرّ بوجوب المال بدلا عما هو مال، فيؤاخذ به فى الحال، كما لو أقر بثمن جارية اشتراها، أما المستوفى بوطء الثيب ليس بمال، فإنما أقرّ بوجوب المال عما ليس بمال، فلايؤاخذ به فى الحال، كما لو أقرّ بجناية، أو بمهر المرأة تزوجها، فالمأذون فى فصل البكر كالحر، وفى فصل الثيّب كالمحجور.

١٤٦٠٨- قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلوانى: ما ذكره الخصاف رحمه الله أن إقرار المأذون بوطء الثيب غير صحيح فى حق لزوم العقد للحال خلاف ما نص عليه محمد فى المأذون، والصحيح ما ذكره محمد رحمه الله فى المأذون أن إقراره بوطء الثيب صحيح يؤاخذ بالعقر فى الحال، وهذا لأن العقر إنما يلزم بسبب تقدمه الشراء، فكان من توابع الشراء، والشراء تجارة، فكان هذا من توابع التجارة، وما كان من توابع التجارة، فإقرار المأذون به صحيح، ويؤاخذ به فى الحال، بخلاف ما إذا أقر بمهر المرأة تزوجها عليه؛ لأن ذلك ليس بتجارة، ولا هو من توابع التجارة، فلا يؤاخذ به فى الحال.

١٤٦٠٩- الدليل على صحة ما قلنا: إن أحد المتفاوضين[1] إذا اشترى جارية، واستحقت من يده، فأقر المشترى أنه كان وطئها وهى ثيب، يلزمه العُقر، وإنما يؤاخذ صاحبه فيما كان من التجارة، أو من توابع التجارة.

وبمثله لو تزوّج امرأة لا يؤاخذ صاحبه بالمهر، وفى الجامع الصغير المكاتب إذا وطء أمة على وجه الملك بغير إذن المولى، ثم استحقها رجل، فعليه العقر، ويؤاخذ به للحال، فقد جعله من توابع التجارة.

١٤٦١٠- ولو أن رجلا قدم رجلا إلى القاضى، وادعى عليه ألف درهم، وأنكر

---

(١) وفى م: المتعاقدين.

المدعى عليه ذلك، فأراد المدعى استحلافه، فقال المدعى عليه للقاضى : إن هذا المدعى حلفنى على هذه الدعوى عند قاضى بلد كذا، وأنكر المدعى ذلك، فأقام المدعى عليه بينة على ما ادعى قبل القاضى بينته؛ لأنه بهذه البينة يثبت إيفاء حق المدعى فى اليمين، ولو أثبت إيفاء حقه فى المال بالبينة أليس أنه يقبل[1] ذلك منه، كذلك ههنا، وإن لم يكن للمدعى عليه بينة على ذلك، وأراد أن يحلف المدعى، فله ذلك، هكذا ذكر الخصاف رحمه الله فى "أدب القاضى"؛ لأن المدعى عليه يدعى إيفاء حق المدعى فى اليمين، ولو ادعى إيفاء حقه فى المال، وأنكر المدعى ذلك أليس أنه يحلف؟ كذا ههنا، وإذا حلفنا المدعى إن نكل، صار مقرّاً أنه حلف المدعى عليه مرة، فلا يحلفه ثانيًا، وإن حلف ثبت أنه لم يحلفه مرة، فكان له أن يحلفه ثانيًا.

حكى القاضى أبو الهيثم عن القاضى أبى حازم: أنه لا ينبغى للقاضى أن يحلف المدعى على ما ادعى عليه فى هذه الصورة، ولكن ينبغى للقاضى أن يحلف المدعى عليه فى الابتداء بالله ما لهذا المدعى عليك مال، لم يحلفك عليه، قالوا: وما قاله أبو حازم: أحسن مما قاله الخصاف؛ لأنا لو حلفنا المدعى بالله ما حلفت هذا المدعى عليه على دعواك، هذا قبل قاضى بلد كذا، كان للمدعى عليه أن يقول: إنه حلفنى على هذا مرة أخرى عند قاضى بلد كذا، ويطلب يمين المدعى عليه على ذلك، ثم وثم إلى ما لا يتناهى، فكان ما قاله أبو حازم: أحسن من هذا الوجه.

قال: ولو كان المدعى حين ادعى عليه ألف درهم، قال المدعى عليه للقاضى: إن هذا المدعى قد كان ادعى على هذه الدعوى عند قاضى بلد كذا، ثم خرج عن دعواه إذا يرانى منها، فحلفه أنه لم يبرئنى عن هذا، لا ينبغى للقاضى أن يحلف المدعى بالله ما أبرأت هذا المدعى عليه عن هذا الألف، ولا عن شىء منها، وهكذا ذكر الخصاف فى "أدب القاضى".

١٤٦١١- وأشار إلى الفرق بين دعوى المدعى عليه أن المدعى قد أبرأه، وبين دعواه أن المدعى قد حلفه مرة، واختلف المشايخ رحمهم الله فيه، منهم من قال: لا فرق بينهما من حيث المعنى، وإنما اختلف الجواب لاختلاف الموضع، موضع هذه المسألة أن

(١) وفى ظ: أنه إن يقبل.

المدعى عليه ادعى البراءة عن الدعوى، لا عن الألف، وذكر في الجواب أن المدعى لا يحلف بالله ما أبرأته عن هذا الألف، ولا عن شيء منها، وهذا مستقيم؛ لأن الاستحلاف يكون على وفاق الدعوى، لا على خلافه، والمدعى عليه ادعى الإبراء عن الدعوى، لا عن المال، فلو حلفناه على الإبراء عن المال لا يكون التحليف على موافقة الدعوى.

وموضع تلك المسألة أن المدعى عليه ادعى على المدعى أنه حلفه مرّة، وذكر في الجواب أنه يحلف المدعى بالله ما حلفه، فكان هذا استحلافًا على وفق الدعوى فيحلف، وزان مسألتنا من تلك المسألة أنه لو أراد القاضي أن يحلفه الإبراء عن الدعوى، كان له ذلك؛ لأنه على موافقة الدعوى.

ومنهم من قال: لا يحلف المدعى على البراءة أيضًا، قال فخر الإسلام: وهكذا ذكر محمد رحمه الله في كتاب الكفالة، وبيّن وجه ذلك أن قول المدعى عليه المدعى أبرأني عن هذه الدعوى محتمل، فإنه يذكر ويُراد به الإبراء عن العين المدعى به، وأنه لا يصح؛ لأن الإبراء عن الأعيان باطل، ويذكر ويُراد به الإبراء عن نفس الدعوى، وأنه صحيح، فدعوى صدر من جهة المدعى، لا يجوز إبطاله بالشك، قالوا: وهذا لا يقوى؛ لأنه وضع المسألة في دعوى الدين، والإبراء عن المدعى به إذا كان دينًا صحيح.

١٤٦١٢- ولو كان وضع المسألة في دعوى العين، فالإبراء عن الأعيان لا يصح، حتى أن لاتصير العين ملكًا للمدعى عليه، أما لا يصح دعوى المدعى ذلك العين بعد ذلك، ويمكن إبطال دعوى المدعى بهذه الدعوى، ولكن الوجه الصحيح لبيان أنه لا يحلف المدعى عليه دعوى الإبراء عن دعوى المال أن المدعى بالدعوى استحق الجواب على المدعى عليه، والجواب إما الإقرار أو الإنكار.

١٤٦١٣- وقوله: أبرأني عن الدعوى ليس بإقرار ولا إنكار، فلا يكون مسموعًا عنه، بل يقال: أجب خصمك، ثم ادع عليه ما شئت إن كان لك عليه دعوى، وإذا لم تكن دعوى الإبراء مسموعًا من المدعى عليه، لا يترتب عليه التحليف، وهذا بخلاف ما إذا قال المدعى عليه في هذه الصورة: أبرأني عن هذا الألف، فإنه يحلف المدعى؛ لأن دعوى البراءة عن المال إقرار بوجوب المال، والإقرار جواب، ثم دعوى المسقط وهو

الإبراء يصح بعد الدعوى من المدعى عليه، فيترتب عليه الاستحلاف، وبخلاف ما قال المدعى عليه : إنه حلفني مرة عند قاضٍ آخر ؛ لأن دعوى الاستحلاف دعوى إيفاء بدل الحق، فصار كدعوى إيفاء أصل الحق، ويترتب عليه الاستحلاف .

ومن المشايخ من قال : الصحيح أنه يحلف المدعى على دعوى البراءة، كما يحلف على دعوى التحليف، وإليه مال شمس الأئمة الحلواني، قال رحمه الله : وعليه أكثر قُضاة زماننا؛ لكون هذا استحلاف على وفاق الدعوى، إنما كان له الاستحلاف على ذلك؛ لأن المدعى به البراءة عن الدعوى والبراءة عن الدعوى صحيحة، فيسقط به الخصومة، ألا ترى أنه لو أقر بذلك يلزمه، ويسقط به خصومته، وألا ترى أنه لو أبرأه عن الدعوى بين يدى القاضي، لايسمع القاضي خصومته بعد ذلك، فجاز أن يحلف عليه .

١٤٦١٤- وإذا ادعى رجل على رجل أنه قتل ابنًا له عمدًا، أو عبدًا له، أو ما أشبهه، وأراد استحلافه على ذلك ذكر في "أدب القاضي" للخصاف : أنه يحلف على الحاصل، ولم يزد على هذا، يجب أن يعلم بأن دعوى الجناية لا تخلو : إما أن يكون على العبيد، أو على الأحرار، وإما أن يكون دعوى الجناية على النفس، أو فيما دون النفس، وإما أن يكون دعوى الجناية عمدًا أو خطأ، فإن كان دعوى الجناية على العبد، فإن كانت الجناية في النفس، وكانت عمدًا، فالخصم هو واليمين عليه؛ لأن موجب جناية العبد في النفس إذا كانت عمدًا القصاص، والقصاص يلاقي العبد من حيث إنه آدمي، لا من حيث إنه مال، والعبد من حيث إنه آدمي حق نفسه، لا حق المولى، ولهذا لو أقر العبد على نفسه بالقصاص صح إقراره، ولو أقر المولى عليه بالقصاص لا يصح إقراره، فكان الخصم في ذلك العبد، فيستحلف العبد .

وإن كانت الجناية في النفس، فكانت خطأ، فالخصم هو المولى؛ لأن موجب هذه الجناية الدفع أو الفداء، وكل منهما مختص[1] بالمولى، لا تعلق للعبد به، فكان الخصم فيه المولى، فكان اليمين عليه، ولكن يحلف على العلم؛ لأنه يحلف على فعل الغير .

وإن كانت الجناية فيما دون النفس، فالخصم في ذلك المولى عمدًا كانت أو خطأ؛ لأن موجب جناية العبد في الأطراف على المولى، عمدًا كانت أو خطأ، وهو الخطاب

---

(١) هكذا في الأصل وم، وكان في ظ : يختص .

بالدفع، أو الفداء، وكل ذلك يختص بالمولى لا تعلق للعبد به، فكان الخصم فيه المولى فيحلف المولى، ولكن يحلف على العلم؛ لما ذكرنا.

١٤٦١٥- وأما إذا كان دعوى الجناية على الحر، فإن كانت الجناية على النفس، وهى عمد، بأن ادعى رجل على رجل، أنه قتل ابنه عمداً، فالخصم هو المدعى عليه، ويحلف المدعى عليه على الحاصل، هكذا ذكر الخصاف رحمه الله، ولم يزد على هذا.

وذكر فى كتاب الاستحلاف: أنه يستحلف على السبب، بعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: ما ذكر الخصاف جواب ظاهر الرواية، وما ذكر فى كتاب الاستحلاف رواية أبى يوسف رحمه الله، ولكن هذا ليس بصواب، فالمذكور فى كتاب الاستحلاف، وقال أصحابنا: اليمين فى القصاص بالنفس بالله ما قتلت إياه الذى تدعى أنك قتلته، وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: ما ذكر الخصاف رحمه الله قول الكل، وما ذكر فى الاستحلاف قول الكل أيضًا، فصار فى القتل روايتان، فعلى ذكر الخصاف رحمه الله: لا يحتاج إلى فرق لظاهر الرواية بين القتل وبينما تقدم، وعلى رواية كتاب الاستحلاف: يحتاج إلى الفرق.

والفرق أن قضية الدليل أن يكون التحليف على الحاصل فى القتل أيضًا؛ لأن فى التحليف على السبب ضرر، فالإنسان قد يقتل ولى غيره عمدًا، ولا يجب عليه القصاص بأن قتله لردته، أو لدفع قتله، أو ما أشبهه، فلو حلف على السبب، لا يمكنه الحلف على انتفاء السبب مع وجوده، ولا يمكنه أن يقربه، فيدعى المانع من القصاص؛ لأنه عسى لا يمكنه إثبات ذلك، كما فيما تقدم، ولكن تركنا الدليل فى باب القتل بالنص، فإن رسول الله ﷺ حلف اليهود على القتل بالله ما قتلتموه، ولا علمتم له قاتلا، ولا نص فيما تقدم، فيعمل فيها بقضية الدليل، وعلى قياس ما رُوى عن أبى يوسف رحمه الله فيما تقدم: أن التحليف على السبب لا يحتاج، أبو يوسف رحمه الله إلى الفرق بين القتل وبينما تقدم فى كتاب الاستحلاف، وعلى رواية "أدب القاضى": يحتاج إلى الفرق.

والفرق له أن قضية القياس أن يكون التحليف على السبب فى الفصول ليكون التحليف على موافقة الدعوى، وما ذكر من احتمال الضرر يمكن دفعه بالتعريض،

فأسقطنا اعتبار الاحتمال عند إمكان الدفع ليكون التحليف على موافقة الدعوى، لكن أسقطنا اعتبار الاحتمال في باب النفس تعظيما لأمر النفس؛ لأن الإنسان قد يغفل عن التعريض، فإذا فات النفس لا يخلُفُه شيء آخر، ولاكذلك المال.

وفي "كتاب الأقضية": أن على قول أبي يوسف رحمه الله: يحلف على السبب، وعن محمد رحمه الله: روايتان، وكان الحاكم الإمام أبو محمد الكوفي رحمه الله يقول: الصحيح أن يقال: بأن على قول أبي حنيفة: يحلف على السبب؛ لأنه لا ضرر على المدعى عليه في ذلك؛ لأنه وإن قتله وسقط القصاص، أو لم يجب بسبب من الأسباب، وامتنع عن الحلف على نفس الفعل لا يقضى عليه بشيء، لا بالقصاص، ولا بالدية، وعلى قول محمد رحمه الله: يستحلف على الحاص؛ لأن في التحليف على السبب ضرراً بالمدعى عليه، فإنه متى امتنع عن الحلف يقضى عليه بنكوله عند محمد رحمه الله، ولكن بالدية هذا ليس بصحيح، فإنه عند أبي حنيفة رحمه الله إن كان لا يقضى عليه بنكوله، لا بالقصاص، ولا بالدية، ولكن يحبس حتى يحلف أو يقر، وفيه ضرر.

١٤٦١٦- ثم إذا حلف على الحاصل يحلف بالله ما لهذا عليك دم وليه، ولا له قبلك حق بسبب هذا الدم؛ لجواز أنه عفى عنه على مال، أو كان الدم بين وليّين عفى الآخر، وانقلب الدم مالا، فلو لم يذكر، ولا له قبلك حق بسبب هذا الدم يحلف ولا يحنث؛ لأنه لم يبقَ له عليه الدم.

ثم إذا حلف على هذا الوجه إن حلف برئ عن الخصومة، وإن نكل، فعند أبي حنيفة رحمه الله يحبس حتى يقرّ، أو يحلف، وعندهما يُقضى عليه بنكوله، ولكن بالدية، وإن كانت الجناية فيما دون النفس، وكانت عمداً يوجب القصاص، فعلى رواية "أدب القاضي": يحلف على الحاصل، وعلى رواية كتاب الاستحلاف يحلف على السبب، واختلف المشايخ فيه على نحو ما ذكرنا في النفس.

قال الحاكم الإمام أبو محمد الكوفي رحمه الله: والصحيح أنه يُستحلف في هذه الصورة على الحاصل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله؛ لأنه متى استحلف على السبب، ونكل يُقضى عليه بالقصاص عند أبي حنيفة رحمه الله، وبالدية عند محمد

رحمه الله، وإن كان دعوى الجناية على النفس، وهي خطأ، أو على الطرف، وهي خطأ، نحو قطع اليد والموضحة وما أشبه ذلك مما يتحمله العاقلة، ذكر في "أدب القاضي" للخصاف رحمه الله، وفي "كتاب الأقضية": أنه يستحلف على السبب عند أبي يوسف ومحمد.

وفي كتاب الاستحلاف: أنه يستحلف على السبب عند أصحابنا رحمهم الله، وهذا لأن في التحليف على الحاصل ضررًا للمدعي؛ لأن بين العلماء رحمهم الله اختلافًا أن الدية تجب على القاتل ابتداء، والعاقلة يتحملون عنه، أو يجب على العاقلة ابتداء، فمتى حلفنا على الحاصل بأن يحلف بالله ما لهذا عليك هذا الحق الذي يدّعى عليه من الوجه الذي يدّعى يحلف، ويتأول قول من يقول بأن الدية على العاقلة ابتداء، فلا يحنث في يمينه، فلا يفيد الاستحلاف حتى قلنا: إذا كان موجب الجناية لا تتحملها العاقلة، بأن كان دون أرش الموضحة يحلف على الحاصل؛ لأنه لا يمكنه التأويل ههنا.

فإن قيل: يمكن التأويل[1] على الحاصل على وجه لا يتضرر به المدعي، بأن يحلف بالله ما لهذا عليك هذا الحق الذي يدعي، ولا شيء منه، وعلى هذا الوجه لا يمكن التأويل؛ لأن من يقول بوجوب الدية على العاقلة يقول بأن القاتل من جملة العاقلة.

قلنا: هذا ليس بشيء؛ لأن من العلماء من يقول بأن القاتل ليس من جملة العاقلة، فيؤول قول هذا القائل، ومن العلماء من قال: يمكن دفع التأويل مع التحليف على الحاصل بأن يزاد في التحليف زيادة شيء أخرى، فيحلف بالله ما لهذا عليك هذا الحق الذي يدعي من الوجه الذي يدعي، ولا شيء منه، ويسمّي الأرش والدية، ولا قبل عاقلتك ولا شيء منه، وهذا حسن، وبه يندفع التأويل، وكان الحاكم الإمام أبو محمد الكوفي رحمه الله يقول: الصحيح أنه يحلفه على الحاصل بالله ما لهذا قبلك مال بالسبب الذي يدعي، وكأنه راعى جانب المدعى عليه، والصحيح ما قلنا: بالله ما لهذا؛ لأن في كل نوع ضررًا لأحد الجانبين، فلابد من رعاية أحد الجانبين، فنقول: رعاية جانب المدعى عليه أولى؛ لأنه ليس بجانٍ.

١٤٦١٧- ولو أن رجلا ادعى على رجل، أنه اشترى دارًا بجنب داري، وأنا

---

(١) وفي نسخة: التحليف مكان: التأويل.

شفيعها بدارى، وأراد استحلافه، فالقاضى يحلفه على السبب بالله ما اشتريت هذه الدار التى سمّاها وحدودها كذا وكذا، ولا شىء منها، وإنما حلفناه على السبب نظرًا للمدعى؛ لأن بين العلماء اختلافًا ظاهرًا أن الشفعة هل تستحق بالجوار؟ فإن حلف على الحاصل ربما يتأول قول من لا يرى الشفعة بالجوار، فلا يلزمه الحنث، فيبطل حق المدعى، أكثر ما فى الباب أن فى التحليف على السبب ضررًا بالمدعى عليه؛ لجواز أن للمدعى لم يطلب الشفعة، أو طلبها ثم سلمها، وبطلت شفعته، فلو حلف على السبب، لا يمكنه أن يحلف على الشراء.

ولو أقر بالشراء، وادعى بطلان حقه بعد ذلك عسى، لا يمكنه الإثبات بالبينة، فيتضرر به المدعى عليه إلا أن الترجيح لجانب المدعى؛ لأن الشراء سبب استحقاق الشفعة، وسقوط الحق بعد وجود السبب إنما يكون لعارض المسقط، فيجب التمسك بالأصل حتى يقوم الدليل على خلافه.

وإن أقر المدعى عليه بالشراء والجوار، إلا أنه يقول: الشفيع لم يطلب الشفعة حين علم بالشراء، وقال الشفيع: لا، بل طلبت، فالقول قول الشفيع مع اليمين، وهذا لأن الشفيع إن كان مدّعيًا صورة؛ لأنه يدعى الطلب، والطلب عارض إلا أنه منكر معنى، فإن المشترى يدعى على الشفيع إبطال حقه فى الشفعة بعد ما أقر له بثبوت حقه، والشفيع يُنكر، وإذا كان القول قول الشفيع مع اليمين، إذا طلب المشترى من القاضى يمين الشفيع، فالقاضى يحلفه بالله لقد طلبت شفعة هذه الدار حين بلغك شراءها، وأشهدت على ذلك بحضرة أحد المتبائعين أو الدار، هكذا ذكر فى كتاب الاستحلاف.

ولكن هذا إنما يستقيم إذا ادعى المشترى أنه بلغه الشراء وهو بين ملأ من الناس، أما إذا لم يكن عنده من أشهده، فلم تبطل شفعته بترك الإشهاد للحال، فإذا أقر بذلك حلفه بالله لقد طلبت الشفعة حين علمت بالشراء، وخرجت إلى الشهود حين قدرت وطلبتها بحضرة أحد المتعاقدين أو الدار، وأشهدت على ذلك.

١٤٦١٨- وإذا ادعى الشفيع أنه بلغه الخبر ليلا، وأنه طلب الشفعة، وأشهد عليها حين أصبح، حلفه القاضى بالله ما بلغك الخبر إلا فى الوقت الذى تدعى، وقد طلبت الشفعة، وأشهدت على ذلك حين أصبحت؛ لأن الإشهاد إنما يشترط على حسب

الإمكان، ولا يمكنه أن يطوف على الأبواب ليلا للإشهاد، والطلب، فكان الإمكان إذا أصبح.

١٤٦١٩- وفى كتاب الاستحلاف قال محمد رحمه الله : إذا كان لرجل داره إلى جنب دار رجل، فتصدق أحدهما على رجل بالحائط الذى يلى حائط جاره، وقبضه المتصدّق عليه، ثم اشترى المتصدق عليه ما بقى من الدار من المتصدق، فليس للجار فيها شفعة؛ لأن صاحب الحائط فرق جواراً من الجار الذى وراء الحائط، فإن طلب الجار الذى وراء الحائط يمين البائع والمشترى، حلفه بالله ما باع الحائط ضراراً ولا فراراً من الشفعة على وجه التلجية وإبطال الشفعة، حلفه القاضى على ذلك يريد بهذا -والله أعلم- أن الجار الذى وراء الحائط ادعى، وقال: إن صدقة الحائط كانت تلجية، وقد بعت الكل، وخاصم المشترى، سواء كانت الدار فى يده أو لم يكن، أو البائع إن كانت الدار فى يده، وطلب يمين البائع والمشترى، كان له ذلك؛ لأنه يدعى عليه معنى لو أقر به يلزمه، فإذا أنكر يستحلف عليه، فإن حلف لم يثبت تلجيئة الحائط، وانقطع خصومة الجار عن المتصدق عليه، والمشترى وإن نكل ثبت تلجيئة الصدقة فى الحائط، فكان للجار الشفعة.

١٤٦٢٠- قال فى كتاب الاستحلاف أيضًا: إذا وكّل الرجل رجلا بطلب شفعته، فادعى المشترى على الوكيل أن موكله قد سلّم الشفعة، وطلب من القاضى أن يحلف الوكيل، فالقاضى لا يحلفه؛ لأن الوكيل لو حلف حلف بطريق النيابة عن الموكل؛ لأن الشفيع لايدعى التسليم على الوكيل، إنما يدعيه على الموكل، والاستحلاف لا يجرى فيه النيابة، وهذا لأن اليمين شرعت بدل حق المدعى بالنص، بخلاف القياس؛ لأنه لا مماثلة بين أصل حقه وبين اليمين، وما عُرف شرعًا بخلاف القياس يُراعى لصحته جميع ما ورد به الشرع، والشرع جعلها بدل حقه إذا كان المدعى قبله أصيلا فى الحلف، ففيما إذا كان المدعى قبله نائبًا، يبقى على أصل القياس.

ونظير هذه المسألة ما قالوا: فى الوكيل بقبض الدين إذا أراد أن يقبض الدين من الغريم، فقال الغريم: إن موكله أبرأنى عن هذا الدَين، أو ادّى دينه إليه، وأنكر الوكيل ذلك فطلب الغريم من القاضى أن يحلف الوكيل بالله ما تعلم ذلك من موكلك، فإنه لا يمين على الوكيل، ويقول القاضى للغريم: أدِّ الدين إلى الوكيل وأنت على خصومتك

مع الموكل، والمعنى ما ذكرنا.

هذا إذا ادعى المشترى تسليم الموكل، وإن ادعى تسليم الوكيل، إن ادعى تسليمه فى غير مجلس الحكم، لا يحلف الوكيل، وإن كان لو استحلف يستحلف بطريق الأصالة؛ لأن المشترى ادّعى التسليم على الوكيل، إلا أنه ادعى عليه معنى لو أقر لا يلزمه؛ لأن تسليم الوكيل الشفعة فى[1] غير المجلس، لا تصح بالإجماع، وإذا أقر به فإنما أقر بما ليس بصحيح شرعًا، فلا يلزمه، وكل من ادعى على آخر معنى لو أقر به لا يلزمه، فإذا أنكر لا يستحلف عليه.

وإن ادّعى تسليمه فى مجلس الحكم، وأنكر الوكيل، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله وأبى يوسف: يستحلف؛ لأن تسليمه فى مجلس الحكم غير صحيح عندهما، فلما ادعى عليه معنى لو أقر به يلزمه، فيستحلف عند الإنكار، وعند محمد لا يستحلف؛ لأن تسليمه فى غير مجلس الحكم غير صحيح أيضًا عند محمد، فإنما ادعى عليه معنى لو أقر به لا يلزمه، فلا يستحلف عند الإنكار.

والمخيرة بخيار البلوغ فى حق اختيارها نفسها بمنزلة الشفيع فى طلب الشفعة، فإنها كما بلغت بالحيض أو بالسن، ينبغى لها أن تختار نفسها، كما أن الشفيع إذا بلغه الخبر، ينبغى أن يطلب الشفعة، وأشهدت على اختيارها نفسها إن كان عندها ممن يمكن إشهاده، وتقبل شهادته، وإن لم يكن عندهما من يمكن إشهاده تخرُجُ إلى الناس، واختارت ثانيًا، وأشهدت وإن لم تحضر فى بيته، ا حتى خرجت إلى الناس بطل اختيارها، والإشهاد ليس بشرط لاختيارها نفسها، لكن شرط الإشهاد حتى يثبت اختيارها نفسها بالشهود، فيسقط اليمين عنها، والاستحلاف على اختيارها نفسها نظير استحلاف الشفيع على طلب الشفعة، فإن قالت للقاضى: قد اخترتُ نفسى حين بلغت، وطلبت الفُرقة قبل قولها مع اليمين، وإن قالت: بلغت أمس وطلبت الفرقة لا يقبل قولها، ويحتاج إلى إقامة البينة، والجواب فى الشفعة هكذا إذا قال الشفيع: طلبت حين علمت، فالقول قوله، ولو قال: علمت أمس وطلبت يكلف إقامة البينة، ولا يقبل قوله.

---

(١) وفى ظ: من.

وذكر المسألتين على هذا الوجه فى كتاب الاستحلاف : قيل : إنهما من خصائص كتاب الاستحلاف، وإنما جاء الفرق باعتبار أنهما إذا أضافا الطلب والاختيار إلى وقت ما مضى، فقد حكيا مالا يملكان استئنافه للحال، ومن حكى ما لا يملك استئنافه لا يصدّق فيما حكى من غير بينة، وإذا لم يُضيفا الاختيار والطلب إلى وقت ما مضى، بل أطلقا الكلام إطلاقًا، فقد حكيا ما يملكان استئنافه للحال؛ لأنا نجعل فى الجارية كأنها بلغت الآن، واختارت نفسها الآن، والشفيع علم بالشراء الآن، وطلب الشفعة الآن، فلهذا جعل القول قولهما إذا أطلقا.

١٤٦٢١- وإذا ادّعت المرأة على زوجها أنه آلى منها، ومضت أربعة أشهر، ولم يفئ إليها، وأنها بانت منه، وأنكر الزوج الإيلاء، فالقاضى لا يحلف الزوج على الحاصل بالله ما هى بائنة منك اليوم، وهذا لأن بين العلماء اختلافًا ظاهرًا أن بمضى مدة الإيلاء هل تقع الفرقة؟ بعضهم قالوا: لا تقع، ويقال للزوج: إما أن تفىء إليها، أو يُفرّق القاضى بينكما، فلو حلفناه على الحاصل يأوّل قول هذا القائل، ويكون صادقًا فى يمينه، فلا يلزمه حكم الحنث، وتتضرر به المرأة، فيحلف على السبب بالله ما قلت لها: والله لا أقربك أربعة أشهر على ما ادعت دفعًا للضرر عن المرأة، أكثر ما فى الباب أن فى التحليف على السبب ضررًا للزوج، فإنه قد يفىء إليها، وألا تقع الفرقة بمضى المدة، و أنكرت هى الفىء فى المدة، فالقول قولها مع اليمين؛ لأنها تنكر ثبوت ملك الزوج عليها بعد وجود سبب البينونة، ويحلف على الحاصل عند محمد رحمه الله، فيحلف بالله ليست بامرأة له اليوم بالسبب الذى يدعى، ولا يحلف بالله، لم يفئ إليك قبل مضى الأربعة الأشهر، وهذا لأنه يجوز أنه آلى منها، ولم يفئ إليها حتى مضت أربعة أشهر، وبانت منه، ثم تزوجها، ثم آلى منها، وفاء إليها فى المدة، فمتى استحلف بالله لم يفئ إليك قبل مضى أربعة أشهر، يحلف ويتأوّل عدم الفىء فى النكاح الأول، فيبطل حق الزوج، فتستحلف على الحاصل لهذا.

وفى كتاب الاستحلاف قال بشر: سمعت أبا يوسف رحمه الله قال: تستحلف بالله أنه لم يفئ إليك قبل مضى أربعة أشهر.

قال بشر: والأحوط على قوله: أن يزاد فى اليمين، فيحلف بالله لم يفئ إليك فى

أربعة أشهر في النكاح الذي يدعيه الزوج، حتى لا يتأتى المعنى الذي قلنا لمحمد رحمه الله.

١٤٦٢٢- ولو أن امرأة ادعت على زوجها نفقة العدة، وأنكر الزوج، فالقاضي لايحلف الزوج بالله ما عليك تسليم النفقة إليها من الوجه الذي تدعي؛ لأن الشافعي رحمه الله لا يرى النفقة للمبتوتة، فلو حلفناه على الحاصل يتأول قول الشافعي رحمه الله، فيحلف على السبب بالله ما هي معتدة عنك من الوجه الذي تدعي.

وحكي عن القاضي الإمام أبي علي النسفي رحمه الله أنه قال: خرجت حاجًا، فدخلت على القاضي الإمام أبي عاصم العامري رحمه الله وهو يدرس، والخليفة يحكم، فادعت امرأة على زوجها نفقة العدة، وأنكر الزوج، فحلف الخليفة الرجل بالله ما عليك تسليم النفقة من الوجه الذي تدعي[1]، فتهيّأ الرجل ليحلف، فنظرت إلى القاضي، فعلم القاضي أن لما ذا؟ فنادى الخليفة أن سلْ الرجل من أي المحلة هو؟ حتى إنه إن كان من أصحاب الحديث حلفه بالله ما هي معتدة منك.

١٤٦٢٣- وفي كتاب الاستحلاف: امرأة اختلعت من زوجها بمهرها، وجحد الزوج ذلك، فالقول قول الزوج، ثم كيف يحلف؟ فعلى ما رُوي عن أبي يوسف: يستحلف على السبب بالله ما خالعتها منذ ملكتها، وعلى ظاهر الرواية: يستحلف على الحاصل.

١٤٦٢٤- ولو أن رجلا ادّعى على رجل أنه خرق ثوبًا له، فإن كان الثوب حاضرًا ينظر إلى الخرق، فإن كان يسيرًا فموجبه النقصان بلا خلاف، يقوّم الثوب صحيحًا، ويقوّم متخرقًا، فتفاوت ما بينهما موجبه بلا خلاف، فيحلف المدعى عليه بالله ماله عليك هذا القدر من المال الذي ادّعى، ولا يحلف على السبب نظرًا للمدعى عليه؛ لجواز أن المدعى عليه خرقه، إلا أنه لا شيء عليه؛ لأن صاحب الثوب أبرأه عنه، أو صالحه على شيء، أو أعطاه النقصان، وليس في التحليف على الحاصل ضرر للمدعي؛ لأن موجب هذا الخرق النقصان، فلا يمكنه التأويل، هكذا ذكر الخصاف رحمه الله، وصاحب الأقضية، وذكر هذه المسألة في كتاب الاستحلاف، وقال: يحلف على السبب؛ لأن

(١) هكذا في ظ وم، وكان في الأصل: تدعيها.

انفساخ السبب هنا لا يتصور، والصحيح ما ذكر الخصاف، وصاحب "الأقضية" رحمهما الله؛ لأن انفساخ السبب إن كان لا يتصور، فبطلان الحكم بالإبراء، وما أشبهه متصور.

وإذا كان الخرق فاحشا، فالقاضي يحلفه على السبب؛ لأن عندنا مثل هذا الخرق يوجب الخيار للمالك إن شاء ترك الثوب على الجاني، وضمّنه جميع القيمة، وإن شاء أخذ الثوب، وضمّن النقصان.

وعند الشافعي رحمه الله: يوجب النقصان لا محالة، فمتى حلفناه على الحاصل يتأول قول الشافعي رحمه الله عسى فيتضرر المدعى، فيحلف على الحاصل نظرًا للمدعى، وإن كان الثوب غائبًا، فالقاضي لا يسمع دعوى المدعى إلا بعد بيان قدر النقصان حتى يصير المدعى معلومًا؛ لأن الدعوى لا تصح إذا لم يكن المدعى معلومًا.

١٤٦٢٥- ولو أن رجلا ادّعى على رجل أنه وضع على حائط له خشبًا، أو نصب على سطحه ميزابًا فى داره، أو بنى على حائط له بناءً، أو أخرج من داره ترابًا، ورمى به فى أرضه، أو ألقى فى أرضه دابة ميتة، أو ما أشبه ذلك مما يكون فسادًا فى أرض، ويجب على صاحب الأرض نقله، وأراد أن يحلفه حلفه على السبب، إذ ليس فى التحليف على السبب ضرر للمدعى عليه، وفيه موافقة دعوى المدعى، فيحلف عليه.

بيانه: إن ما بعد ثبت للمدعى حق مطالبة المدعى عليه برفع هذه الأشياء لايتصور سقوطه بسبب من الأسباب، فإنه لو أذن له فى الابتداء بذلك كان ذلك منه إعارة للحائط والأرض، فمتى بدا له كان له أن يطالب بالرفع؛ لأن الإعارة للحائط والأرض ليست بلازمة، وإن باع منه ذلك لا يجوز؛ لأن هذا بيع الحق، وبيع الحق لا يجوز.

وكذلك لو آجر لا يجوز؛ لأن إجارة رأس الحائط لوضع الخشبة عليه، وإجارة الأرض لإلقاء الميتة أو التراب فيها لا يجوز عُرف ذلك فى كتاب الإجارات، وكذلك لو صالح عليه لايجوز؛ لأن الصلح على مال ليضع الخشبة على رأس الحائط، وما أشبه ذلك بمنزلة الإجارة، والإجارة لا تجوز، فكذا الصلح دل أنه ليس فى التحليف على السبب ضرر للمدعى عليه، فيحلف على السبب جريا على موجب الدعوى.

ولو كان صاحب الخشبة هو المدعى، وقدم صاحب الحائط إلى القاضى، وقال:

كان لى على هذا الحائط خشبة، فوقع أو قال: قلعتها لا عمل غيرها، وقد منعنى صاحب الحائط، وهو حق لى فى هذ الحائط، وأنكر صاحب الحائط دعواه، فطلب صاحب الخشبة من القاضى أن يحلف المدعى عليه أولا يقول: بأن القاضى يأمر المدعى بتصحيح دعواه، وذلك أن يبيّن أن له حق وضع خشبة أو خشبتين، أو ما أشبه ذلك، وبين موضع الخشبة وبين غلظ الخشبة؛ لأن الدعوى لا تصح إلا بعد بيان المدعى به، وبيانه فى هذه الصورة ببيان ما ذكرنا.

ثم إذا بيّن هذه الأشياء، حتى صحّ دعواه، وطلب من القاضى أن يحلفه، فالقاضى يحلفه[1]؛ لأن هذا حق لازم قد يكون الحائط مملوكًا لإنسان، ولغيره حق وضع الخشب[2] عليه، ثم يحلفه بالله ما لهذا المدعى فى هذا الحائط حق وضع خشبة كذا وكذا فى موضع كذا وكذا، ولا يحلفه بالله ما كان له عليه خشبة، أو بالله ما طرحت الخشبة لجواز أنه كان، إلا أنه لم يكن بحق، وجواز أنه طرح الخشبة، ولم يكن له حق وضع الخشبة، فلا يمكنه أن يحلف على ذلك، ولكن يحلف على نحو ما بيّنا، فإن حلف انقطعت الخصومة، وإن نكل صار مقرًا بما ادعى، فيلزمه دعواه.

١٤٦٢٦- قال: ولو ادعى مسيل ماء فى دار رجل، فالقاضى يأمر أن يصحح دعواه، وتصحيح الدعوى أن يبيّن أن له مسيل ماء المطر، أو ماء الوضوء، فإن هذا مما يتفاوت، فإن المطر لايكون أدوم، ويكون أكثر، وماء الوضوء والغسالات يكون[3] أدوم، ويكون أقل، وينبغى أن يبيّن مسيل الماء فى مقدّم البيت، أو فى مؤخره.

١٤٦٢٧- وكذلك إذا ادعى طريقًا فى دار رجل، فالقاضى يأمره أن يصحح دعواه، وتصحيح الدعوى أن يبين مقدار عرضه وطوله، ويبين موضعه من الدار، فإذا بيّن ذلك، وصحّح دعواه، حلفه على الحاصل بالله ما لهذا هذا الحق الذى ادعاه فى هذا الأرض الذى فى يديك، أو فى هذه الدار التى فى يديك.

---

(١) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل: فالقاضى لا يحلفه؛ لأن هذا حق لازم قد يكون الحائط مملوكًا للإنسان.

(٢) وفى الأصل: الخشبة.

(٣) وفى الأصل: لا يكون.

١٤٦٢٨- وذكر في كتاب الدعوى : إذا ادّعى مسيل ماء في دار رجل، أو ادّعى طريقًا في دار رجل، وشهد الشهود أن له مسيل ماء في هذه الدار، وأن له طريقًا في هذه الدار، وقع في بعض النسخ تقبل البينة، وإن لم يبيّنوا، و وقع في بعض النسخ لا تقبل البيّنة ما لم يُبيّنوا.

قال شمس الأئمة الحلواني : تأويل ما وقع في بعض النسخ أنه يقبل البيّنة إذا شهدوا على إقرار صاحب الدار؛ لأن جهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار، وتأويل ما وقع في بعض النسخ أنه لا تقبل البينة إذا شهدوا على نفس الطريق وعلى نفس المسيل، لا على إقرار المدعى عليه.

١٤٦٢٩- قال : ولو ادعى على رجل أنه شق في أرضه نهرًا، وساق الماء فيه إلى أرضه، أمره أن يصحح دعواه، وذلك بأن يبيّن الأرض التي شقّ فيها النهر، ويُبيّن موضع النهر من هذه الأرض أنه من جانب الأيمن أو من جانب الأيسر، ويبين قدر طول النهر وعرضه وعمقه، فإذا بيّن ذلك، وصحّح دعواه إن أقر المدعى عليه بذلك لزم، وإن أنكر دعواه، وجحد المدعى عليه دعواه، حلفه القاضي على السبب بالله ما أحدثت في أرض هذا الرجل هذا النهر الذي وصف، ولا يحلف على الحاصل؛ لأنه ليس في التحليف على السبب ضرر للمدعى عليه؛ لأنه إذا ثبت لا يسقط حق صاحب الأرض، ومطالبة حافر النهر بسبب من الأسباب من الإذن في الابتداء، والبيع والإجارة وغير ذلك، فإنه لو أذن له في الابتداء كان إعارة، فكان له أن يطالبه بذلك متى بدا له ذلك، ولا يجوز بيع ذلك؛ لأنه بيع الحق، وبيع الحق لا يجوز، ولاتجوز الإجارة، ولا ضرر للمدعى عليه في التحليف على السبب، فيحلف على السبب ليكون التحليف على وفق الدعوى.

١٤٦٣٠- ولو ادّعى على رجل أنه حفر حفيرة في أرضه، وأنه أضر ذلك بأرضه، وأراد استحلافه على ذلك، فيقول : لا بد من معرفة حكم هذه المسألة أولا، فعند علماءنا رحمهم الله يلزم الحافر النقصان، وإذا آل الأمر إلى التحليف، فيحلفه على الحاصل بالله ماله عليك هذا الحق الذي تدعى من الوجه الذي تدعى، ولايحلفه على السبب بالله ما فعلت كذا، هكذا ذكر الخصاف رحمه الله؛ لأن في التحليف على السبب ضررًا للمدعى عليه؛ لجواز أنه فعل ذلك، إلا أن صاحب الأرض أبرأه عن النقصان، أو الفاعل أوفاه

ضمان النقصان مرة، ولا ضرر للمدعى فى التحليف على الحاصل .

١٤٦٣١- قال شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله : من العلماء من قال : من حفر حفيرة فى أرض غيره، لا يضمن النقصان، ولكن يؤمر بكبس الحفيرة، فلو حلفناه على الحاصل ربما يتأول قول هذا القائل، فيحلف ويكون صادقًا، فيتضرر المدعى، فينبغى أن يحلف على السبب، كيلا يتأول قول هذا القائل، ثم قوله فى الكتاب : أضر ذلك بأرضه، إشارة إلى أنه لو لم يضر ذلك بأرضه أنه لا شىء عليه .

١٤٦٣٢- فاعلم بأن من رفع التراب من أرض إنسان، وكان ذلك فى موضع للتراب فيه قيمة، ضمن قيمة التراب، سواء تمكن النقصان فى الأرض، أو لم يتمكن؛ لأن الأرض بجميع أجزاءها مملوكة، ومن أخذ ملك غيره يضمن قيمته .

١٤٦٣٣- وقد رُوى عن محمد رحمه الله : أنه إذا دخل الماء فى أرض رجل، واجتمع الطين فى أرضه بذلك، لا يكون لأحد أن يأخذ ذلك الطين، ويرفعه عن أرضه؛ لأنه صار مملوكًا تبعًا لأرضه، فهذا يدلك على أن الأرض مملوكة له بجميع أجزاءها، وهذا بخلاف ما لو دخل صيد فى ملكه، كان لكل أحد أن يأخذه؛ لأنه لم يصر مملوكًا لصاحب الأرض تبعًا لأرضه، وكذلك الماء إذا دخل فى أرض لرجل، ودخل معه السمك، كان لكل أحد أن يأخذ السمك؛ لأنه لم يصر ملكًا له تبعًا لأرضه؛ بخلاف الطين على ما بينّا .

هذا إذا أخذ التُراب من أرض الغير، وله قيمة فى ذلك الموضع، فإذا لم يكن له قيمة فى ذلك الموضع، ينظر أن تمكن النقصان فى الأرض بذلك الصنع ضمن النقصان، وما لا فلا، إذا عرفت حكم المسألة، فنقول : إذا كان لتراب قيمة فى ذلك الموضع، يحلف المدعى عليه تمكن النقصان فى الأرض بذلك الصنع، أو لم يتمكن، وإن لم يكن للتراب قيمة فى ذلك الموضع، إن تمكن النقصان فى الأرض بذلك الصنع، يحلف المدعى عليه، وما لا فلا .

١٤٦٣٤- ومن هذا الجنس : إذا ادّعى رجل على رجل، أنه نقض حائطًا له، وأراد استحلافه، فنقول : من هدم جدار غيره، لا يجبر على بناءه؛ لأن الجدار ليس من ذوات الأمثال، ويكون لصاحب الحائط الخيار إن شاء ضمّنه قيمة الحائط، والنقض

للضامن، وإن شاء أخذ النقض، وضمّنه النقصان؛ لأن الحائط قائم من وجه هالك من وجه، فيميل إلى أى الوجهين، فإن أراد أن يحلفه حلفه على الحاصل، هكذا ذكر الخصّاف رحمه الله.

قال شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله: ينبغى للقاضى أن يحلفه على السبب، ولايحلفه على الحاصل هو الصحيح؛ لأن مذهب بعض العلماء أن الحائط إذا كان جديدًا يجب عليه الإعادة، وإذا كان خلقا عتيقا لا يجب عليه الإعادة؛ لأنه لو ادعاه كان أفضل من الأول، وضمان العدوان مقيد بالمثل، وإن كان الحائط جديدًا ينبغى أن يحلف على السبب، فلو حلفناه على الحاصل ربما يتأول قول هذا القائل، فيحلف، ويكون صادقًا فى حلفه، فيتضرر المدعى، فيحلف على السبب كيلا يتأول قول هذا القائل.

١٤٦٣٥- قال: ولو ادعى رجل على رجل ألف درهم، وللمدعى عليه عند المدعى رهن بالمال، فخاف المدعى عليه أنه أقر بالمال، جحد المدعى الرهن، ينبغى للمدعى عليه أن يطلب من القاضى حتى يسأل المدعى، هل عنده بهذا المال الذى يدّعيه رهن؟ فإن قال: نعم، فقد حصل مقصود المدعى عليه، وإن قال: لا رهن له، وأراد استحلاف المدعى عليه، فالقاضى لا يحلفه بالله ماله عليك هذا المال الذى تدعى؛ لأنه لا يمكنه أن يحلف على هذا الوجه؛ لأن المال واجب عليه، فلو حلف يكون كاذبًا، ولو أقر بالمال، وادعى الرهن ربما لا يمكن إثبات الرهن، فيتضرر به، ولكن يحلفه بالله ما لفلان عليك ألف درهم، لا رهن بها، كذا ذكر الخصّاف فى "أدب القاضى"، وهذا لأن المال الذى ليس به رهن ليس عليه، فإذا حلف على هذا الوجه يمكنه الحلف، ولا ضرر للمدعى فى ذلك، فيحلف على هذا الوجه لهذا.

وكان الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله يقول: يحلفه بالله ليس عليك أداء هذا المال، وتسليمه إلى المدعى هذا، ولا ضرر للمدعى فى ذلك؛ لأنه يمكنه أن يحلف كذلك؛ لأنه إنما يجب على الراهن أداء الدين إذا أحضر المرتهن الرهن، فأما قبل إحضاره، فلا يجب عليه تسليم الدين، فإذا لم يكن الرهن حاضرًا، يمكن للمدعى عليه أن يحلف بالله ليس عليه أداء هذا المال، وتسليمه إلى هذا المدعى، فيحلف على هذا

الوجه، ولا حاجة إلى ما وراءه[١]، وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: لا حاجة[٢] إلى هذه التكلفات؛ لأن جحود الرهن إهلاك الرهن، وبهلاك الرهن يصير المرتهن مستوفيًا دينه، وبعد الاستيفاء لا يبقى له عليه شيء، فيمكن أن يحلف، لا شيء لهذا المدعى عليه، فيحلفه القاضى بالله ما له عليك هذا المال الذى تدعى.

١٤٦٣٦- قال فى كتاب الاستحلاف: رجل وهب ثوبًا له من رجل، أو عبد، أو أقر أن الموهوب له قبضه فى مجلسه، أو بعده بأمره، ثم قال الواهب بعد ذلك: إن الموهوب له ما قبضه، وكنت أقررت بقبضه كاذبًا، وسأل القاضى أن يحلف الموهوب له بالله لقد قبضته عن الواهب بحكم هذه الهبة التى تدعى، فعلى قول أبى حنيفة ومحمد القاضى: لا يحلفه؛ لأن التحليف يترتب على دعوى صحيحة، والدعوى لم تصح هناك لمكان التناقض، وعلى قول أبى يوسف رحمه الله: يحلفه بالله لقد قبضته بحكم الهبة التى تدعى.

١٤٦٣٧- وعلى هذا الخلاف: إذا اشترى شيئًا، وأقر المشترى بقبض المشترى، ثم ادعى أنه لم يقبضه، وطلب من القاضى أن يحلف البائع بالله، لقد سلمته إلى المشترى بحكم هذا الشراء الذى تدعيه، وعلى هذا الخلاف إذا أقر البائع بقبض الثمن، ثم ادّعى أنه لم يقبض، وأراد تحليف المشترى[٣].

١٤٦٣٨- وعلى هذا الخلاف إذا أقر البائع بالبيع، ثم أنكر البيع، وقال أقررت بالبيع كاذبًا، وأراد تحليف المشترى، وعلى هذا الخلاف رب الدين إذا أقر بقبض الدين من المديون، وأشهد عليه، ثم أنكر القبض، فأراد تحليف المديون، وعلى هذا الخلاف إذا أقر رجل على نفسه بالدين لرجل، ثم أنكر الدين، وقال: لا شيء له علىّ، وإنما أقررت بذلك كاذبًا، وطلب يمين المقر له.

أبو يوسف رحمه الله يقول: المعروف المعتاد فيما بين الناس أن البائع يقر بقبض الثمن، والمشترى بقبض المشترَى للإشهاد، وإن لم يكن قبض حقيقة، وكذلك المعتاد

---

(١) وفى م: إلى ما رواه.

(٢) وكان فى الأصل: لا حكم.

(٣) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل: وأراد أن يحلف المشترى.

فيما بين الناس أن من استقرض من غيره شيئًا، فالمقرض أولا يأمره بكتابة الصك، والإشهاد عليه قبل دفع المال، فلو اعتبرنا التناقض فى هذه الصورة مانعًا صحة الدعوى والاستحلاف، لبطل حقوق الناس.

١٤٦٣٩- وإن أشهد البائع على البيع، وقبض الثمن، ثم ادعى أن البيع كان تلجئة، وطلب تحليف المشترى، ذكر فى كتاب الاستحلاف: أنه يحلف عندهم جميعًا؛ لأن البائع لم يصر متناقضًا فى الدعوى؛ لأنه لم يوجد منه إلا الإقرار بالبيع مطلقًا، والبيع قد يكون تلجئة، وقد يكون جدًا، وإذا لم يصر متناقضًا صح الدعوى منه، فيترتب عليه التحليف.

ثم كيفية التحليف بالله ما شرطت أن يكون البيع الذى بينكما تلجئة، وفى "كتاب الأقضية": أن فى هذه المسألة روايتين عن أبى حنيفة رحمه الله، فى رواية قال: إذا تواضعا فى السرّ أن يظهرا البيع تلجئة، ثم تعاقدا فى العلانية مطلقًا، ولم يذكر أشياء وقت العقد، هذا البيع تلجئة، وهو قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله، فعلى هذا يستحلف المشترى؛ لأن البائع يدّعى ما يوجب حق الفسخ له، والمشترى ينكر، وفى رواية أخرى قال: إذا تواضعا فى السر أن يظهرا البيع تلجئة، ثم تعاقدا فى العلانية، ولم يذكرا شيئًا وقت العقد، فالعقد صحيح، فعلى هذا لا يستحلف المشترى؛ لأن أكثر ما فيه أنه ينكل، فيصير مقرًا بما ادعاه البائع، إلا أنه لو كان الأمر كما ادعاه البائع، فالعقد صحيح، فلا معنى للاستحلاف.

١٤٦٤٠- قال أبو يوسف فى كتاب الاستحلاف: أربعة أشياء يستحلف القاضى الخصم فيها قبل أن يسأل المدعى ذلك، أحدها: الشفعة، فإن الشفيع إذا طلب من القاضى أن يقضى له بالشفعة، يحلفه بالله لقد طلبت الشفعة حين علمت بالشراء، وإن لم يكن يطلب المشترى ذلك، وهذا قول أبى يوسف رحمه الله، وهو قول ابن أبى ليلى، وقال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله: لا يستحلف القاضى ما لم يدّع المشترى ذلك.

الثانى: البكر إذا بلغت فاختارت الفرقة، وطلبت من القاضى أن يفرّق بينهما، يستحلفها القاضى بالله لقد اخترت الفرقة حين بلغت، وإن لم يدع الزوج ذلك.

الثالث: إذا أراد المشترى أن يرد المشترَى بالعيب، فالقاضى يحلفه بالله أنك لم

ترضَ بهذا العيب، ولا عرضته على البيع منذ رأيته .

الرابع : المرأة إذا سألت من القاضى أن يفرض لها النفقة فى مال الزوج، والزوج غائب، يستحلف بالله ما أعطاك نفقتك حين خرج، ويجب أن يكون مسألة النفقة على قولهم جميعًا ؛ لأن الزوج عاجز عن طلب اليمين بنفسه إذا كان غائبًا .

١٤٦٤١- رجلٌ ادّعى على رجل ألف درهم، وأقر أن هذا الألف بينى وبين الفلان، فقال المقر له بعد ذلك : إن المدعى وهو المقِرُّ قد قبض الألف المشترك بينى وبينه، وطالبه بالخمس مائة التى حصته، وقال المقر : ما قبضت، فالقول قول المقر مع يمينه، فيستحلف بالله ما قبضت الألف التى لكما على فلان، لا قليلا ولا كثيرًا منها، ويستحلف بالله ما له قبلك مالا يدّعى، ولا شيئًا منها، فيستحلف على الحاصل، لجواز أنه قبض ثم ملك من جهته بسبب من الأسباب .

١٤٦٤٢- وإذا ادّعى على ميت مالا، وله ورثة، فله أن يحلف الورثة كلهم على علمهم، ولا يكتفى بيمين واحد منهما، ولو ادّعى الورثة مالا للميت على رجل، وحلف أحدهم المدعى عليه عند القاضى، اكتفى به حتى لم يكن لبقية الورثة أن يحلفوه .

والفرق أن الدعوى إذا وقع على الميت لو اكتفى بيمين أحد الورثة إنما يكتفى إذا صار هو نائبًا عن بقية الورثة فى الحلف، إلا أن النيابة لا تجرى فى الحلف .

وإذا وقع الدعوى للميت، لو اكتفى باستحلاف أحد الورثة إنما يكتفى من حيث إنه صار نائبًا عن بقية الورثة فى الاستحلاف[1]، والنيابة تجرى فى استحلاف أحد الورثة، وهو نظير ما لو ادعى أحد شريكى العنان، أو أحد شريكى المفاوضة حقّا على رجل للشركة، وحلف المدعى عليه، لا يكون للشريك الآخر أن يستحلفه .

١٤٦٤٣- وبمثله لو ادعى رجل حقّا من شركتهما، حتى توجه اليمين عليهما، وحلف أحدهما، كان له أن يحلف الآخر، والطريق ما قلنا، وفرق بين الورثة إذا ادّعوا على رجل حقّا بحكم الميراث، وبين جماعة ادّعوا على رجل حقّا بالشراء، فإن أحد الورثة إذا حلف المدعى عليه، لم يكن لبقية الورثة أن يحلفوه، وأحد المشتريين إذا حلف

---

(١) وفى م : مع الاستحلاف .

المدعى عليه كان لبقية المشترين أن يحلفوه .

والفرق : أن أحد الورثة ينتصب خصمًا عن بقية الورثة فيما يدعى للميت ، فصار استحلاف أحدهم كاستحلاف الباقين ، إذا ادعى الرق مطلقًا ، ففى قول من يرى الاستحلاف فى الرق يحلف المدعى عليه مطلقًا بالله ما له فى رقبتك رق ، أو يحلفه بالله ما أنت برقيق له .

١٤٦٤٤- وإن ادّعى الرق بسبب ، بأن قال : ولدت من أمتى ، أو قال : كنت حربيًا فاسترقتك ، يذكر السبب فى الحلف ، فيستحلف بالله ماله فى رقبتك رق لهذا السبب الذى يدّعى ، قال محمد رحمه الله : لا يمين فى حدّ إلا أن السارق يستحلف لأجل المال ، فإن نكل ضمن ، ولم يقطع يجب بأن يعلم بأن الحدود أنواع ، نوع هو خالص حق الله تعالى ، نحو حدّ الزنا وحدّ السرقة ، وحدّ شرب الخمر ، وفى هذا النوع لا يجرى الاستحلاف ؛ لأن اليمين فيما سوى القصاص فى النفس ما شرعت لنفسها ، بل للقضاء بالنكول ؛ لأن اليمين شرعت حقًا للمدعى ، واليمين حق المدعى من حيث إن المدعى عليه ينكل ، فيقضى عليه بالنكول ، فيحيى حقه ، لا من حيث أن يحلف ، فلا يقضى عليه ، فعلمنا أن اليمين شرع للقضاء بالنكول ، والقضاء بالنكول فى الحدود الخالصة لله تعالى متعذر ؛ لأن النكول عند أبى حنيفة رحمه الله بذل[1] ، وعندهما بدل عن الإقرار ، فالقضاء بالحدود الخالصة لله تعالى بكلِا الأمرين متعذر .

وأما فى السرقة يستحلف السارق لأجل المال يريد به ، إذا أراد المسروق منه أخذ المال دون القطع ؛ لأن المال حق العبد ، والاستحلاف يجرى فى حقوق العباد ، وعن محمد رحمه الله فى "النوادر" : أن القاضى يقول للمدعى : ما ذا تريد؟ فإن قال : أريد القطع يقول له القاضى : إن فى الحدود لا يستحلف ، فليس لك عليه يمين ، وإن قال : أنا أريد المال ، فالقاضى يقول : دَعْ ذكر السرقة ، وادع تناول مالك ، فيكون عليه يمين .

١٤٦٤٥- وفى كتاب الاستحلاف يقول : إذا طلب المسروق منه ضمان السرقة لا القطع ، يستحلف بالله ما عليك تسليم هذا المال الذى يدعى ، ولا قيمته بالسبب الذى يدّعى ، فإن حلف برئ ، وإن نكل ، ضمّنه قيمة السرقة .

---

(١) هكذا فى ظ وم ، وكان فى الأصل : بدل ، والظاهر أنه خطأ .

ونوع آخر هو خالص حق العبد، نحو القصاص فى النفس والطرف، وقد مرّ الكلام فيه قبل هذا، ونوع آخر هو بين حق الله تعالى وحق العبد، وهو حد القذف، وفى هذا النوع لايجىء الاستحلاف عندنا، حتى إن من ادّعى على آخر أنه قذفه، وأنكر المدعى عليه ذلك، لا يستحلف عندنا؛ لأن الغالب فى حد القذف عندنا حق الله تعالى، فالحق بالحدود الخالصة حقًا لله تعالى.

١٤٦٤٦- ولو أن رجلا ادعى على رجل أنه قال: يا منافق! يا زنديق! يا كافر! أو ادّعى أنه ضربه، أو لطمه، أو ما أشبه ذلك من الأمور التى توجب التعزير، وأراد تحليفه، فالقاضى يحلفه؛ لأن التعزير محض حق العبد، ولهذا ملك العبد إسقاطه بالعفو، والصغر لا يمنع وجوبه عليه إذا مكّن صاحب الحق منه إقامته، ولو كان حق الله تعالى لكانت هذه الأحكام على عكس هذا، والاستحلاف يجرى فى حقوق العباد، سواء كان عقوبة أو مالا، فإن حلف لا شىء عليه، وإن نكل، يقضى عليه بالتعزير؛ لأن التعزير يثبت مع الشبهات، فجاز أن يقضى بالنكول، ويكون التحليف فيه على الحاصل؛ لأن فى التحليف على السبب ضررًا للمدعى عليه؛ لجواز أن المدعى عليه فعل ذلك الفعل إلا أن المدعى أبرأه، وعفا عنه، وهذا مما يسقط بالعفو، فلو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه، فيحلف على الحاصل لهذا، وأدنى التعزير مفوّض إلى رأى القاضى، يُقيمُهُ بقدر ما يرى حصول الانزجار به.

١٤٦٤٧- وفى "السير الكبير": إذا أمر الأمير أهل العسكر بشىء، فعصاه فى ذلك واحد من أهل العسكر، فالأمير لا يُؤدبه فى أول الوهلة[1]، ولكن ينصحه حتى لايعود إلى مثل ذلك، وإن عصاه بعد ذلك أدّبه؛ لأنه ارتكب ما لا يحل شرعًا، ومن ارتكب ما لا يحل شرعًا، يُؤدّب عليه زجرًا له، فإن بين فى ذلك عذرًا، فالإمام يخلّى سبيله؛ لأن ارتكاب ما لا يحل شرعًا إذا كان بعذر، لا يوجب التعزير عليه، ولا يعرف ذلك إلا بقوله، وللتعزير مدخل فى القضاء، فلا يصدّق من غير يمين.

١٤٦٤٨- وإذا ادعى رجل على رجل أنه غصب منه ثوبًا، وأقر الغاصب بذلك، ثم اختلفا فى قيمته، قال المغصوب منه: كانت قيمة ثوبى مائة، وقال الغاصب: ما أدرى

---

(١) وكان فى الأصل وم: الرهلة وفى ظ: الدهلة.

ما كانت قيمته، ولكن علمت أن قيمته لم تكن مائة، فالقول قول الغاصب مع يمينه، ويؤمر الغاصب بالبيان؛ لأنه أقر بقيمة مجهولة، وإن لم يُبيّن يحلف الغاصب على ما ادّعاه المغصوب منه من الزيادة، فإن حلف ولم يثبت ما ادعاه المغصوب منه، ذكر فى كتاب الاستحلاف: أن المغصوب منه يحلف أن قيمة الثوب مائة، ويأخذ من الغاصب مائة، وكان الحاكم الإمام أبو محمد الكوفى رحمه الله يقول: ما ذكر من تحليف المغصوب منه، وأخذ المائة من الغاصب بيمينه، لا يكاد يصح؛ لأن المغصوب منه يدعى، واليمين عندنا لم يشرع حجة للمدعى، وكان يقول: الصحيح من الجواب أن يقال: القاضى يوقف الغاصب، ويذكر له كل ما يصلح قيمة الثوب، فنقول أولا: أ كانت قيمته مائة؟ فإن قال: لا، يقول: أكان خمسون؟ فإن قال: لا، يقول: أكانت خمسة وعشرون، هكذا إلى أن ينتهى إلى أقل ما لا يجوز أن ينقص قيمة الثوب منه فى العُرف والعادة، وإذا انتهى إلى ذلك، ألزمه ذلك، وجعل القول قوله فى الزيادة مع يمينه، وجعل الجواب فيه كالجواب فيمن أقر بحق مجهول فى عين فى يديه لغيره؛ فالقاضى يأمره ببيان مقداره، وإذا لم يبين، فالقاضى يسمّى السهام إلى أن ينتهى إلى أقصى السهام الذى لا يقصدونه بالتملك فى العُرف والعادة، فيلزمه ذلك، ويجعل القول فى الزيادة قوله: مع يمينه.

ومن المشايخ رحمهم الله: من اشتغل بتصحيح ما ذكر فى الكتاب، وقال: الإقرار من الغاصب بقيمة مجهولة قد صحّ، ووجب على القاضى إيصال المقر له إلى حقه، وقد عجز القاضى عن إيصال المائة إليه، كما يدعيه المغصوب منه؛ لأن الغاصب قد حلف على ذلك، ولا وجه إلى أن يوقعه، ويسمى له قيمة كل ما يصلح أن يكون قيمة الثوب؛ لأن الغاصب فى إقراره ذكر الثوب مطلقًا، ولم يبيّن الجنس، ولا النوع، والثياب أجناس مختلفة، فلا يدرى القاضى أقل ما يكون قيمة الثوب؛ لأنه لا يدرى أن الثوب المقر له من أى نوع؟ بخلاف ما لو أقر بحق مجهول فى عين فى يده؛ لأن أقل المقدار الذى يقصد بالتملك عرفًا وعادةً يكون معلومًا، فأمكن إلزام ذلك على المقر له، أما ههنا بخلافه، فلم يبقَ للقاضى طريق يوصل المقر له، وهو المغصوب منه إلى حقه سوى يمينه، حتى لو كان النوع مسمّى فى الإقرار، وفى الدعوى، يقول: بأن القاضى يوقفه، ويسمى له ما يصلح قيمة الثوب، كما قال الحاكم الإمام رحمه الله، وما يقول بأن

يمين المغصوب منه يمين المدعى، ويمين المدعى لم تشرع حجة، قلنا: يمين المغصوب منه يمين المدعى من وجه من حيث إنه يدعى أن قيمة الثوب مائة، ولم يثبت ذلك لما أنكره الغاصب، ويمين المدعى عليه من وجه من حيث إن الاستحقاق ثابت بإقرار الغاصب، فإن الإقرار بقيمة مجهولة صحيحة، والحاجة إلى فصل الخصومة لا غير، واليمين شرع فى الأصل لفصل الخصومات، فمن هذا الوجه يكون بمنزلة يمين المدعى عليه، ويمين المدعى عليه من كل وجه مما يجوز أن يفصل لها الخصومة، فكذا يمين المدعى عليه من وجه، قالوا: يجب أن يحفظ هذه المسألة، فإنها من الغرائب.

١٤٦٤٩- وإذا اشترك الرجلان على أن من اشتريا اليوم، أو هذا الشهر، أو هذه السنة، وخصَّا صِنفا من التجارة، أو لم يخصّا، ووقّتا أو لم يُوقّتا، فهذه الشركة جائزة على ما عُرف فى موضعه، فإن قال أحدهما: اشتريت متاعًا، فهلك وأراد أن يتبع شريكه بنصف الثمن، وأنكر الشريك الشراء، فالقول قول الشريك مع يمينه؛ لأن هذا وكيل من جهة صاحبه فى نصف ما اشترى، والوكيل بالشراء إذا قال: اشتريت وهلك عندى، ولم يكن الثمن منقودًا[1]، وأراد أن يرجع بالثمن على الموكل، وأنكر الموكل الشراء، كان القول قول الموكل مع يمينه، كذا ههنا، فيحلف المنكر الشراء بالله ما تعلم أنه اشترى ذلك المتاع، يحلفه على العلم؛ لأنه يحلفه على فعل الغير، وكان الحاكم أبو محمد رحمه الله يقول: يجب أن يزاد على هذا، فيحلف بالله ما يعلم أنه اشترى ذلك المتاع على شركتكما؛ لأن بدون هذه الزيادة يتضرر منكر الشراء؛ لجواز أنه كان اشترى ذلك المتاع قبل شركتهما، وعلم بذلك منكر الشراء، فمتى حلفناه على مطلق الشراء لا يمكنه أن يحلفه، فيمتنع عن اليمين، فيقضى عليه بنكوله، ويرجع بالثمن، فيتضرر منكر الشراء، فيزاد ما قلنا دفعًا للضرر عنه، ولو أن رجلا اشترى من آخر جارية بألف درهم، وتقابضا، ثم طعن المشترى بشجة فى رأسها، فاستحلف القاضى البائع على ذلك، فنكل عن اليمين، فردها على البائع، فجاء البائع بعد ذلك بالجارية، وقال: هذه الجارية حبلى، وهذا الحبل حدث عند المشترى، فالقاضى يسأل المشترى عن ذلك، فإن أقر به قيل للبائع: أنت بالخيار، إن شئت حبستها، ولا شىء لك، وإن شئت رددتها على

---

(١) هكذا فى الأصل وظ، وكان فى م: مفقودًا.

المشترى، ورددت عليه نقصان الشجّة، وهذا لأن من شرط الردّ على البائع الرد على الوجه الذى خرج عن ملكه، وقد خرج عن ملكه معيبًا بعيب واحد، وردّ عليه معيبًا بعيبين، فإن شاء البائع رضى بالعيب الزائد، وحبس الجارية، وإن شاء ردها على المشترى، وردّ معها[1] نقصان الشجة التى كانت عنده.

وإن قال المشترى: ما لى بهذا علم، فالقاضى يُريها النساء، فإن قلن: هى حبلى، فالقاضى يحلف المشترى بالله ما حدث هذا الحبل عندك، فإن حلف لا شيء عليه، والرد ماض؛ لأنه تبين أن المشترى ردها على الوجه الذى خرج عن ملك البائع، وإن نكل صار مقرّاً أن الحبل كان عند، وقد ذكرنا الكلام فى فصل الإقرار.

وإن قال المشترى للقاضى حين سأله القاضى عن الحبل: قد كان هذا الحبل عند البائع، فإقراره أنه عند البائع إقرار منه أنه عنده، فيثبت الحبل عند المشترى، ولا يثبت عند البائع؛ لأن إقراره حجة على نفسه غير حجة على البائع، فيستحلف البائع بالله لقد بعتها من هذا المشترى، وسلّمتها إليه وما بها هذا الحبل، فإن حلف، ردها على المشترى، ورد عليه نقصان الشجة، وإن نكل لزمته الجارية؛ لأنه تبين أن كلا العينين كانا فى يد البائع، هكذا قال الخصاف رحمه الله.

وطعنوا على الخصّاف وقالوا: ينبغى أن لا يحلف بالله لقد بعتها من هذا المشترى، وسلّمتها إليه وما بها هذا الحبل؛ لأن شرط الحنث فى هذا اليمين وجود الحبل عند الأمرين عند البيع، وعند التسليم، ويجوز أن يكون الحبل حادثًا بعد البيع قبل التسليم، وذلك مثبت حق الرد، فلو حلفناه على هذا الوجه، فعلى تقدير أن يكون الحبل حادثًا بعد البيع قبل التسليم يحلف، ولا يحنث فى يمينه، فيتضرر به المشترى، فلا يحلف على هذا الوجه، ولكن يحلف بالله لقد سلمتها بحكم هذا المبيع، وما بها هذا العيب.

١٤٦٥٠- قال: ولو كانت الجارية فى يد المشترى، فخاصم البائع فى الشجّة التى بها، فلما حكم الحاكم على البائع بردها عليه بالشجة، قال البائع: إنها حبلى، وهذا الحبل حادث عند المشترى، وقال المشترى: لا، بل كان عندك، فإن القاضى يحلف البائع على ذلك، ولايحلف المشترى، بخلاف المسألة الأولى، هكذا ذكر الخصاف فى

---

(١) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل: عليه.

"أدب القاضي" .

فالفرق[١] من وجهين : أحدهما : ما أشار إليه صاحب الكتاب أن القاضي في المسألة قضى برد الجارية على البائع بعيب الشجّة ، فصارت الجارية في يد البائع ، فالبائع بعد ذلك يريد أن يرد ما صارت في يده على المشترى بحبل ظهر عند المشترى ، فلا يمكنه الرد بيمين نفسه ، بل كان اليمين على المشترى بالله ما حدث هذا الحبل عندك ، أما ههنا المشترى هو الذى لم يرد على البائع ؛ لأن الجارية في يد المشترى ، والبائع ينكر أن يكون له حق الرد بهذا السبب ، فيكون اليمين على البائع .

ولكن هذا الفرق ليس بسديد ، فإن في الوجه الثاني قضى القاضي بالرد على البائع ، وصارت الجارية في يد البائع مع هذا يحلف البائع ، وإنما الفرق السديد أن في المسألة الأولى المشترى منكر كون الحبل عنده ، فيحلف على ذلك ، وفي هذه المسألة المشترى مقر بكون الحبل عنده ؛ لأنه ادعى كونه عند البائع ، فيكون مقرّا بكونه عنده ، فلا يحلف على ذلك ، لكن ادعى حدوث هذا الحبل القائم عنده عند البائع ، والبائع يُنكر ، فيحلف على ذلك ، كما في الوجه الثاني .

١٤٦٥١- قال : ولو أن رجلا في يده غلام ، أو جارية ، أو عَرض من العروض ، فقدّمه رجلان إلى القاضي ، وادعى كل واحد منهما أنه اشتراه من الذى هو في يده ، فسأل القاضي عن دعواهما ، فهذه المسألة على وجهين : إما إن أقر أنه باع ذلك من أحدهما بعينه ، وهو هذا ، أو جحد لهما ، فإن أقر أنه باع ذلك من أحدهما بعينه ، فالقاضي يأمره بالتسليم إليه ، فإن قال الآخر للقاضي : حلفه أنه لم يبعه مني ، فلا يمين عليه في ذلك ؛ لأن بعد ما أقر بالبيع من هذا لو أقر به لآخر ، أو بذل لا يملك ، فلا يفيد الاستحلاف .

وكذلك لو جحد لهما جميعًا ، فحلفه القاضي لأحدهما ، ونكل عن اليمين ، وجعله القاضي له ، فقال الآخر : حلفه لي ، فإنه لا يمين له عليه في ذلك ؛ لأن القاضي مع أنه لا ينبغي له أن يقضي للأول حتى يحلف للثاني لما جعل للأول ، فالقضاء صادف محلا مجتهدًا فيه على ما مر ، فنفذ قضاءه ، فصار المدعى عليه خارجا ، فلا يملك الإقرار

---

(١) هكذا في ظ و كان في الأصل وم : والفرق .

والبذل، ولا يتوجه عليه اليمين.

١٤٦٥٢- قال: ولو ادعى رجلان على امرأة نكاحًا، وقدّماها إلى الحاكم، فأقرّت بالنكاح لأحدهما، لا تستحلف للآخر، أما على قول أبي حنيفة رحمه الله: فلأن الاستحلاف لايجرى فى النكاح عنده أصلا، وأما على قولهما: فلأنها[1] لو أقرت للثانى بالنكاح بعد ما أقرت للأول، لا يصح إقرارها، فلا يفيد الاستحلاف.

وهل يستحلف الزوج المقر له؟ ذكر فخر الإسلام على رحمه الله فى شرحه: أن فيه اختلاف المشايخ رحمهم الله، بعضهم قالوا: لا يستحلف؛ لأنه لو أقر بالنكاح للثانى، لايصح، فلا يفيد استحلافه، وبعضهم قالوا: يستحلف لرجاء النكول الذى هو إقرار، معناه أنه لو أقر به يلزمه، ويأمر القاضى أن يحلى عنها، فإن حلف لا تستحلف المرأة بعد ذلك، وإن نكل، تستحلف المرأة حينئذٍ؛ لأنها لو أقرت بالنكاح للآخر فى هذه الحالة، يلزمها حكم إقرارها، فإن نكلت، قضى بالنكاح للثانى، وبطل نكاح الأول؛ لأنه ثبت بنكولها تقدّم نكاح الثانى[2]، فكان نكاح المقر له أولا باطلا، وإن نكلت لأحدهما، وحلفت لآخر، يقضى بالنكاح للذى نكلت له، وإن نكلت لهما، لا يقضى بنكاح أحدهما؛ لأنه يصير كأنها أقرت بنكاحهما جميعًا، فلا يثبت نكاحها، ولا نكاح أحدهما، بل يتوقف إلى إقامة البينة.

١٤٦٥٣- قال: وإذا ادّعى كل واحد منهما هبة العبد، أو الأمة من الذى هو فى يده، وأنه قد قبضه منه، أو ادّعى كل واحد منهما الصدقة مع القبض، فهو مثل الشراء فى حق الحكم الذى ذكرنا أنه إذا ثبت الملك لأحدهما بإقرار أو نكول، فلا يمين للآخر عليه.

ولو ادّعى أحدهما أنه اشتراه من صاحب اليد بألف، وادّعى الآخر أنه ارتهنه منه بألف و استأجره منه بألف، فسأله القاضى، فأقر به للمرتهن أو للمستأجر، أو لا يحلف لمدعى الشراء إذا طلب ذلك؛ لأن بعد ما أقر بالرهن والإجارة لو أقر بالبيع يصح إقراره؛ لأن بيع المرهون والمستأجر منعقد صحيح لازم فى حق البائع، وإذا كان بيعه منعقداً صحيحًا لازمًا فى حقه، يملك البائع الإقرار به، فيفيد استحلافه.

---

(١) هكذا فى الأصل وم، وكان فى ظ: فإنها.

(٢) هكذا فى الأصل وم، وكان فى ظ: الأول.

ثم إذا حلف إن حلف انتهى الكلام، وإن نكل يثبت البيع، وكان للمشترى الخيار إن شاء صبر إلى وقت الفكاك فى الرهن، وفى الإجارة إلى مُضى وقت الإجارة، وإن شاء فسخ؛ لأنه لم يرضَ بتأخير حقه.

هذا الذى ذكرنا إذا أقر للمرتهن أو للمستأجر أولا، وإن أقر لمدعى الشراء أولا، لايحلف لمدعى الإجارة والرهن بعد ذلك؛ لأن بعد ما أقر بالبيع لو أقر بالإجارة أو بالرهن لايصح؛ لأن بعد البيع لا يملك الإجارة والرهن، فلا يفيد استحلافه.

ولو ادّعى كل واحد منهما الإجارة، وأقر به لأحدهما، لا يحلف للآخر؛ لأنه بعد ما أقر بالإجارة لأحدهما لو أقر بها للآخر لا يصح؛ لأن إجارة المستأجر غير صحيح، فلا يفيد الاستحلاف، فلا يحلف.

١٤٦٥٤- ولو أن رجلا قدم رجلا إلى القاضى، وقال: هذا اشترى الدار التى فى موضع كذا حدّها الأول والثانى والثالث والرابع كذا بألف درهم، وأنا شفيعها بدار لى تلاصقها، فقال القاضى للمدعى عليه: ما تقول فيما ادّعى؟ فقال المدعى عليه: هذه الدار التى فى يدى لابنى هذا الطفل، صح إقراره لابنه؛ لأن الدار فى يده، واليد دليل الملك، فكانت الدار مملوكة له، فكان هذا إقراراً على نفسه، فيصح.

فإن قال الشفيع للقاضى: حلفه بالله ما أنا شفيعها، فالقاضى لا يحلفه؛ لأن إقرار الأب بالشفعة على ابنه الصغير لا يصح، فلا يفيد الاستحلاف، وهذا من جملة الحِيَل والمخارج فى دفع الخصومة، وسيأتى من جنس هذا إن شاء الله تعالى.

وإن أراد الشفيع أن يقيم على الأب البينة على الشراء، كان الأب خصمًا له، وسمع البينة عليه؛ لأن الأب قائم مقام الابن شرعًا، ولو كان الابن كبيرًا، كان خصمًا للمدعى، حتى يسمع بيّنته عليه، ويقضى للشفيع عليه، هذا إذا كان الأب قائمًا مقامه شرعًا.

١٤٦٥٥- ولو أن رجلا ادّعى على رجل أن فلانًا مات، وأوصى إلى هذا الرجل، وقال المدعى عليه: لم يوص إلىّ، فإنه لا يستحلف، وكذلك لو ادعى رجل على غيره أن فلانًا وكّل هذا، وقال المدعى عليه، لم يوكلنى، لا يستحلف المدعى عليه؛ لأنه لو أقر به لا يصح؛ لأنه إقرار على الغير، فلا يفيد الاستحلاف، وإن أقام المدعى بينة

على أنه وصى فلان، أو على أنه وكيل فلان، قبلت بينته، فقد جعله خصمًا فى حق سماع البينة، ولم يجعله خصمًا فى حق الاستحلاف.

١٤٦٥٦- وكذلك لو أن وصى الميت قدم رجلا إلى القاضى، وقال: إن فلانًا الميت أوصى إلىّ وإلى هذا الرجل، وذلك الرجل يجحد، فالقاضى لا يحلفه، وكذلك على هذا، الوكالة لو أن رجلا قدّم رجلا إلى القاضى، وقال: إن فلانًا وكّلنى، وهذا الرجل بقبض ديونه، وأنكر ذلك الرجل، فالقاضى لا يحلفه، وإن كان المدعى للوصاية أقام بينة أن فلانًا أوصى إلىّ وإلى هذا الرجل، فالقاضى يقبل بيّنته، فقد جعله خصمًا فى حق سماع البينة، ولم يجعله خصمًا فى حق الاستحلاف، ومثل هذا جائز، ألا ترى أن الأب فيما يدّعى على ابنه الصغير خصم فى حق سماع البينة، حتى يسمع البينة عليه، ولا يكون خصمًا فى حق اليمين، كذا هنا.

١٤٦٥٧- ولو أن رجلا حلف بعتق عبده أن لا يزنى أبدًا، فقدّمه العبدُ إلى القاضى، وقال: إن هذا حلف بعتقى أن لا يزنى، وقد أتى بالذى حلف عليه، وحنث، وعتقتُ، فالقاضى يحلف المولى بالله ما زنيت بعد ما حلفت بعتق عبدك أن لا تزنى أبدًا، هكذا ذكر الخصاف رحمه الله فى "أدب القاضى"، وذكر الخصّاف رحمه الله فى شرح هذا الكتاب أن المولى لا يستحلف بالله ما زنيت على ما يدعيه العبد.

١٤٦٥٨- قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسى رحمه الله: الرواية محفوظة فى الكتب أن القاذف إذا ادعى على المقذوف أنه صدّقه أنه قد زنى، وأقام البينة على ذلك، يقبل بينة[1]، ويسقط عنه الحدّ، وإن لم يكن له بينة، وأراد استحلاف المقذوف بالله ما صدّقه فى ذلك القذف ليسقط الحد عن نفسه، فإنه لايستحلف المقذوف على ذلك، ولا فرق بين المسألتين، فإن مقصود القاذف من هذه الدعوى إسقاط الحد عن نفسه، لا إيجاب الحد على المقذوف، كما أن مقصود العبد ههنا إثبات الحرية[2] لنفسه، لا إيجاب الحد عليه، فلا فرق عليهما، فيصير الرواية فى القذف أن المقذوف لا يستحلف رواية فى مسألة العبد أن المولى لايستحلف، وتصير الرواية فى مسألة العبد أن المولى

(١) وفى الأصل: بيّنته.

(٢) هكذا فى م، وكان فى ظ: الحوية، ولا معنى له ههنا، كما هو ظاهر.

يستحلف رواية فى مسألة المقذوف أنه يستحلف، فيصير فى كل مسألة روايتان.

وجه الرواية التى قال: يستحلف أن مقصود العبد إثبات الحرية لنفسه، لا إيجاب الحد على المولى، ومقصود القاذف إسقاط الحد عن نفسه لا إيجاب الحد على المقذوف، وإثبات الحرية، وإسقاط الحد ممكن مع الشبهة، ألا ترى أن القاذف إذا أقام رجلا، وامرأتين على تصديق المقذوف أو العبد إذا أقام رجلا وامرأتين على العتق، يقبل وكل حكم يثبت مع الشبهات، يجرى فيه الاستحلاف.

وجه الرواية التى قال: لا يستحلف أنه لا عبرة لمقصود العبد والقاذف، وإنما العبرة لأصل ما يتعلق به من الحكم، وأصل ما تعلق بالزنا من الحكم الحد، وأنه مما لا يجرى فيه الاستحلاف.

ثم لم يذكر فى الكتاب نصّا أن العبد هل[1] يصير قاذفًا للمولى بما ذكر؟ ولكن أشار إلى أنه لا يصير قاذفًا؛ لأنه قال: وقد أتى بالذى حلف عليه، ولم يقل: وقد زنى، ولو صار قاذفًا بهذا القول لما ترك[2] قوله: وقد زنى، ولما تحول إلى قوله: وقد أتى بالذى حلف عنه، وقد نصّ فى كتاب الحدود أن من قذف غيره بالزنا، قال آخر: هو كما قلت، يصير قاذفًا؛ لأنه تقدم ذكر الزنا، فينصرف قوله: هو كما قلت: إلى الزنا، فصار كأنه قذفه صريحًا بالزنا، فقياس هذه المسألة على تلك المسألة أن يصير قاذفًا؛ لأنه تقدم ذكر الزنا، فإن موضوع المسألة أن العبد قال فى دعواه: إن هذا حلف بعتقى أن لا يزنى، وقد أتى بالذى حلف عليه، فينصرف قوله: وقد أتى بالذى حلف إلى الزنا، وصار كأنه، قال: وقد زنى فينبغى أن يصير قاذفًا.

ثم ذكر كيفية التحليف على المولى، فقال: يحلف بالله ما يثبت بعد ما حلفت بعتق عبدك، أن لا تزنى أبدًا، فقد حلفه على السبب، أما على ما رُوى عن أبى يوسف رحمه الله: فظاهر، وأما على ظاهر الرواية: فلأن العتق فى العبد المسلم لا يحتمل النقض بعد ثبوته، فلا يكون فى التحليف على السبب ضرر المدعى عليه، وهو المولى، وقد ذكرنا أن فى مثل هذا التحليف على الحاصل، ثم إذا حلف المولى إن حلف لا شيء

---

(١) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل: لم موضع: هل.

(٢) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل: نزل.

عليه، وإن نكل لزمه العتق، ولايلزمه الحد، وإن أقر بالزنا؛ لأنه وإنما أقرّ به مرة.

١٤٦٥٩- قال: ولو أن رجلا اشترى من رجل جراب هروى بمائة درهم، فقبضه المشترى، فوجد فيه أحد عشر ثوبًا، فقال البائع: بعت منك هذا الجراب على أن فيه عشرة أثواب بمائة درهم، وقال المشترى: لا، بل اشتريته على أن فيه أحد عشر ثوبًا بمائة درهم، وأراد كل واحد منهما تحليف صاحبه، فالقاضى يحلف البائع بالله ما بعته هذا الجراب على أن فيه أحد عشر ثوبًا؛ لأن المشترى يدعى العقد فى الثوب الحادى عشر، والبائع يُنكر، ولو أنكر العقد فى جميع الأثواب كان القول قوله مع اليمين، فكذا إذا أنكر العقد فى الثوب الحادى عشر، فإذا حلف إن نكل لزمه، وإن حلف رد المشترى الجراب على البائع؛ لأنه لما حلف فسد البيع فى الجراب؛ لأنه انتفى البيع عن الثوب الحادى عشر بحلفه، وتبين أنه باع عشرة أثواب من أحد عشر من الجراب، وأنها مجهولة وجهالة المبيع توجب فساد العقد.

وفى هذه المسألة إشكال من وجهين: أحدهما: أنه قال: يحلف البائع، ولم يقل: يتحالفان، وكان ينبغى أن يتحالفا؛ لأنهما اختلفا فى مقدار المعقود عليه، والاختلاف فى مقدار المعقود عليه بمنزلة الاختلاف فى مقدار الثمن، ولو اختلفا فى مقدار الثمن، يتحالفان، فكذا إذا اختلفا فى مقدار المعقود عليه.

والثانى: أنه جعل القول قول البائع مع اليمين، وكان ينبغى أن يقول: القول قول المشترى؛ لأن المشترى يزعم جواز العقد، والبائع يزعم فساده، والمتبائعان إذا اختلفا فى جواز العقد وفساده، كان القول قول من يدعى الصحة.

والجواب: أما الإشكال الأول قلنا: إنما لم يقل: يتحالفان؛ لأن تحليف البائع يفسد العقد، وبعد ما فسد العقد لا يفيد تحليف المشترى؛ لأن التحليف لرجاء النكول الذى هو إقرار، ولو أقر بما ادعاه البائع صريحًا، كان العقد فاسدًا؛ لأن فيه ثوبًا زائدًا لم يدخل تحت العقد، ولم يكن فى تحليفه فائدة، فلهذا لا يحلف المشترى.

وأما الإشكال الثانى قلنا: الاختلاف هنا ما وقع فى فساد العقد وجوازه، وإنما وقع فى وجود العقد وعدمه فى الثوب الحادى عشر، فهو المقصود من هذه الخصومة والاختلاف، إذا وقع فى وجود العقد وعدمه، كان القول قول من يُنكر الوجود، والمنكر

لوجود العقد في الثوب الحادى عشر هو البائع، فيجعل القول قوله، وإذا جعل القول قول البائع، ينتفى البيع عن الثوب الحادى عشر، ومن ضرورته فساد العقد في الباقى، ففساد العقد في الباقى من نتائج اختلافهما في وجود العقد وعدمه في الثوب الحادى عشر؛ لا أن يكون الاختلاف في صحة العقد وفساده.

وفي "كتاب الأقضية": سئل أبو سليمان عن رجل قال: اشهدوا أن امرأتى فلانة بنت فلان طالق، فجاءت امرأة وخاصمته في المهر والنفقة، فقال الزوج: هذه ليست هي التي كانت امرأتى، ولا هي فلانة بنت فلان، فإن كانت لها بينة على ذلك أخذ ببينتها، وإن لم يكن لها بينة، وأرادت استحلافه، لا يحلف على أنها ليست فلانة بنت فلان، وإنما يحلف على حاصل الدعوى، فيحلف بالله مالها قبلك حق في المهر والنفقة التي تدعى، وهذا لأن الاستحلاف إنما يكون على أصل الحق، وعلى سبب الحق، والسبب ليس بحقها، وليس بسبب لاستحقاق المهر والنفقة، فلا يستحلفه عليه، ولكن يستحلف على الحاصل، وبه يقع الاستغناء عمّا سواه، ويحصل النظر من الجانبين.

١٤٦٦٠- وكذلك إذا أقر رجل عند القاضى أن لفلان ابن فلان عليّ ألف درهم، فجاء رجل، وقال: أنا فلان ابن فلان، وقال المقر: هذا ليس بفلان ابن فلان، والمال ليس له عليّ، فالقاضى لا يحلف المقر على السبب، وإنما يحلفه على أصل الحق[1]، والمعنى ما ذكرنا.

١٤٦٦١- وقال ابن سماعة رحمه الله: في رجل أقرّ أن فلان بن فلان أودعنى ألفا، ثم جاء رجل وادعى أنه فلان ابن فلان، وأن الوديعة له، وأنكر المقر أنه فلان ابن فلان، وأن الوديعة له، فالقاضى يحلف المقر بالله ما لهذا قبلك حق من الوجه الذى تدعيه في هذه الوديعة، ولايحلفه على السبب؛ لما ذكرنا. وإن طلب المدعى عليه من القاضى أن يحلف المدعى بالله أن ما يأخذ يأخذ بحق، فالقاضى لا يجيبه إليه؛ لأنه لو أجابه إليه، وحلفه كان له، وحلفه كان له أن يطلب من القاضى أن يحلفه بالله أنك حلفت صادقًا ثم وثم، فيؤدى إلى ما لا يتناهى.

١٤٦٦٢- وإذا وقع الدعوى في دار، واحتيج إلى تحليف المدعى عليه، يحلف

(١) وفي م: على حاصل الحق.

بالله ما هذه الدار ولا بعضها ملك هذا، ولا يحلف بالله ما لهذا المدعى فى هذه الدار حق، ولو حلف على هذا الوجه، ونكل وقضى القاضى بالدار للمدعى، لا ينفّذ قضاءه، هكذا حكى فتوى شمس الإسلام الأوزجندى رحمه الله، إذ يجوز أن لايكون الدار ملكًا للمدعى، ويكون له فيها حقًا من حيث التطرق، أو ما أشبهه، فبنكوله لا يصير مقرًا بالدار للمدعى لا محالة، فلا يجوز القضاء بملكية الدار للمدعى.

وإذا ادّعى الرجل عينًا فى يدى رجل، وأراد استحلافه، فقال صاحب اليد: هذا العين لفلان الغائب، لا يندفع عنه اليمين ما لم يُقِم البينة على ذلك، بخلاف ما إذا قال: هذا لابنى الصغير.

والفرق: إن إقراره للغائب توقف عمله على تصديق الغائب، فلا تصير العين مملوكًا للغائب بمجرد إقرار صاحب اليد، فلا يندفع عنه اليمين، فأما إقراره للصبى لا يتوقف على تصديق الصبى، فيصير العين ملكًا للصبى بمجرد إقراره، فلا يصح إقراره بعد ذلك لغيره، فلايفيد التحليف؛ لأن فائدة التحليف النكول الذى هو إقرار.

وذكر فى موضع آخر: إذا قال صاحب اليد: هذا العين لابنى الصغير، أو قال: لفلان الغائب، يحلف بالاتفاق، فإن نكل، يقضى له، ثم ينتظر بلوغ الصبى فى مسألة الصبى، فإن صدّقه المدعى فى دعواه، فالأمر ماضٍ، وإن كذّبه يؤخذ العين من يد المدعى، ويدفع إلى الصبى، ويضمن الأب للمدعى قيمة العين.

بعض مشايخ زماننا فرّقوا بين الإقرار للصبى، وبين الإقرار للغائب، كما ذكر فى بعض المواضع، وبعضهم سوّوا بينهما، وقالوا: يحلف فى الفصلين جميعًا، كما ذكر فى بعض المواضع دفعًا للحيلة، وهذا القائل يستدل بمسألة الوقف.

١٤٦٦٣- وصورة مسألة الوقف: دار فى يدى رجل، ادعاه رجل أنها ملكه، فقال صاحب اليد: إنه وقف على كذا، فإقراره بالوقف جائز، ويصير المنزل وقفًا، لكن لا يندفع اليمين عن صاحب اليد، فيحلف للمدعى[1]، فإن حلف، برئ عن دعواه، وإن نكل ضمن قيمة المنزل للمدعى، ولو جاء صاحب اليد ببينة، شهدوا على وقفيته، لا يندفع اليمين بهذا عن المدعى عليه، ولا تندفع خصومة المدعى؛ لأنه صار وقفًا قبل إقامة

---

(١) وفى الأصل: المدعى.

البينة بإقراره، فصار وجود هذه البينة وعدمه بمنزلة .

١٤٦٦٤- وإذا ادعى على تركة ميت دينًا، وقدّم الوصي إلى القاضي، ولا بينة له، فإن كان الوصي وارثًا يحلف؛ لأن إقراره في نصيبه جائز، وإن لم يكن وارثًا لايحلف؛ لأن إقراره في هذه الصورة لا يصح أصلا؛ لأن إقراره على الغير من كل وجه .

وإذا أنكر الشاهد الشهادة فالقاضي لا يحلفه؛ لأنه لا فائدة في تحليفه، في "فتاوى أبي الليث رحمه الله": إذا قال المدعى عليه: إن الشاهد كاذب، وأراد تحليف المدعي بالله ما تعلم أنه كاذب، فالقاضي لا يحلفه إذا طعن المدعى عليه في الشاهد، وقال: اين گواه بس از گواهي مقرّ آمده است كه اين محدود ملك من است، وأراد تحليف الشاهد والمدعي على ذلك لايحلف .

وكذلك إذا قال المدعى عليه: اين شاهد اين محدود مدعى به را دعوى كرده است بر من پيش از ازين گواهي، وأراد أن يحلف الشاهد، أو المدعي على ذلك، لا يحلف .

١٤٦٦٥- قال أبو يوسف رحمه الله: في رجل جاء بعبد آبق، فأخذه السلطان، فشجّه، فجاء رجل وأقام البينة أنه عبده، فإن القاضي ينتصب خصمًا له، ثم القاضي لا يقضي للمدعي ما لم يستحلفه بالله ما بعته، ولا وهبته، ولا أذنتُ في بيعه وهبته، وهذا عندهم جميعًا؛ لأن الخصم عاجز من طلب اليمين من المدعي على هذا الوجه بنفسه، فكان للقاضي أن يطلب ذلك من المدعي نظرًا للغائب؛ لأن القاضي نصب ناظرًا لمن عجز عن النظر لنفسه بنفسه، وقد نصّ على هذا في كتاب جعل الآبق .

قال مشايخنا رحمهم الله: والاحتياط أن يُزاد على هذا حرف بالله ما بعته، ولا وهبته، ولا أذنت فيهما، ولا هو خارج من ملكك للحال؛ لجواز أن يكون باع، ثم تملّك وأذن، ثم نهى، فمتى حلف على ذلك يمتنع عن اليمين؛ لأنه يحنث في يمينه، فيقضى عليه، فيتضرر به، فالاحتياط أن يُزاد في هذا، ولا هو خارج عن ملكه للحال، حتى إذا كان باع، ثم تملّك، أو أذن، ثم نهى لا يحنث إذا حلف؛ لأن شرط حنثه شيئان: البيع، والخروج عن ملكه للحال، ووجد أحدهما، ولم يوجد، وبأحد شطري الحنث لا

يثبت الحنث.

ثم ذكر في كتاب الاستحلاف: أن المدعى إذا حلف، فإن القاضي يدفع إليه، ولم يقل: يأخذ منه كفيلا أصلا، وذكر في كتاب جعل الآبق، في رواية أبي سليمان: وقال: ما أحب أن يأخذ منه كفيلا، وذكر في رواية أبي حنيفة رحمه الله، وقال: أحب أن يأخذ منه كفيلا، وقد ذكرنا هذا في كتاب جعل الآبق.

١٤٦٦٦- قال: ولو أن رجلا أعار من رجل دابة، أو أودعها إياه، أو أجرها منه، فهلكت في يده، فجاء مدع، وأقام البينة أنها كانت له، قال أبو يوسف رحمه الله: لا يقضى له بشيء، حتى يحلف بالله ما بعت ولا وهبت، ولا أذنت فيهما، ولا هو خارج عن ملكك للحال، قالوا: وهذا يجب أن يكون على قول أبي يوسف رحمه الله خاصة، فأما على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله: فإنه لا يستحلف المدعى بالله ما بعت، حتى يطلب صاحب الدابة يمينه، وذلك لأن موضوع المسألة أن صاحب العبد حاضر، بدليل أنه سمع خصومة المدعى، ولو كان نائيًا لا يسمع خصومة المدعى؛ لأن الأمين لا ينتصب خصمًا للمدعى إذا كان من يحيل بالخصومة عليه معلومًا، فحين سمع خصومة المدعى علمنا أنه إنما سمع أن صاحب المال، وهو المعير والمؤاجر حاضر، وإذا كان صاحب المال حاضرًا، أمكن لصاحب المال طلب اليمين من المدعى، ومهما أمكن لذى المال في يده طلب اليمين من المدعى، فإن القاضي لا يستحلف المدعى بالله ما بعت، ولا أذنت في بيعه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

وإنما يستحلف على قول أبي يوسف وابن أبي ليلى رحمهم الله، بخلاف مسألة أول الفصل؛ لأن صاحب العبد هناك غائب عاجز عن طلب اليمين بنفسه، فكان للقاضي أن يطلب اليمين من المدعى، نظرًا له، ولكن الصحيح أن ما ذكر قول الكل.

وما قالوا: بأن موضوع المسألة أن صاحب المال حاضر، هذا ممنوع مطلقًا، وعلى قولهما: عند طلب المدعى على ما قالوا، وقولهم: بأن القاضي سمع خصومة المدعى، والأمين لا ينتصب خصمًا للمدعى حال غيبة المالك، قلنا: الأمين إنما لا ينتصب خصمًا للمدعى إذا ثبت كونه مودعًا أو مستعيرًا، إذ لو أقام صاحب اليد البينة على ذلك، لا

ندفع خصومة المدعى ، ولما احتيج إلى تحليف المدعى بالله ما بعت وما وهبت .

فإن حلف على قول أبى يوسف رحمه الله مطلقًا ، وعلى قولهما : عند طلب المدعى على ما قالوا ، وقضى بالمال للمدعى ، فقبل أن يقبضه المدعى هلك ، فالمدعى بالخيار ، إن شاء ضمن الدافع ، وإن شاء ضمن القابض ؛ لأن كل واحد منهما جانٍ متعدٍ فى حقه ، فكان له أن يضمن أيهما شاء ، كما فى الغاصب ، وغاصب الغاصب ، فإن ضمن الدافع ، فالدافع لايرجع على أحد ؛ لأنه ملك المضمون بالضمان ، فصار معيراً ومؤاجراً ومودعًا ملك نفسه ، وإن ضمن القابض إن كان القابض مودعًا أو مستأجراً ، فإنه يرجع بما ضمن على الدافع ؛ لأنه كان عاملا للدافع ، وقد لحقه فى ذلك ضمان ، فيكون قرار ذلك على المعمول له ، وإن كان مستعيراً فإنه لا يرجع بما ضمن على أحد .

١٤٦٦٧- رجل فى يديه عبد جاء رجل وادعاه ، وأقام البينة أنه عبده ، والذى فى يديه العبد يدعى أنه اشتراه من فلان ، يعنى رجلا آخر ، وسلّم إلىّ ، والمدعى به المبيع ، فالمدعى يستحلف على دعواه ؛ لأنه ادعى عليه معنى لو أقر به يلزمه ، فإذا أنكر يستحلف .

ثم على قياس ما روى عن أبى يوسف رحمه الله : يستحلف بالله ما أذنت له فى بيع دارك هذه ، أو فى بيع غلامك هذا ، وعلى ظاهر الرواية يحلف على الحاصل بالله ما هذا العين لذى اليد ، وإنما يحلف على الحاصل ، نظراً للمدعى ، إذ يجوز أن يكون المدعى أذن فى البيع ، ثم تملك بعد ذلك بوجه من الوجوه ، فمتى حلف بالله ما أذنت يحنث فى يمينه ، فيمتنع عن اليمين ، فيقضى عليه بالعين ، والعين له فيتضرر .

١٤٦٦٨- وإذا أخذ رجل من رجل مالا ، وقال : كان لى عنده ، فإنما أخذت مالى ، وقال المأخوذ منه : المال مالى ، ولم يكن للآخذ بينة ، فإنه يرد المال على المأخوذ منه ؛ لأن أخذ المال من يدى الغير يوجب الرد على المأخوذ منه ، فالأخذ بقوله المأخوذ مالى يريد إسقاط ما وجب عليه من الرد ، فلا يصدق إلا بحجة .

ثم إذا ردّ المال على المأخوذ منه لو طلب الآخذ من القاضى أن يحلف المردود عليه

على دعواه، أجابه القاضى إليه، ويحلف ما كان لفلان عليك أو عندك شىء، قالوا: والأحوط أن يستحلف بالله ما هذا المال ماله من الوجه الذى ادعاه.

١٤٦٦٩- وإذا أدان رجل مال غيره رجلا، وادعى المدين أن رب المال أذن له فى الإدانة، وطلب يمينه، يحلف بالله ما أذنت له أن يدين هذا المال فلانًا، قالوا: والأحوط أن يُزاد حرف آخر بالله ما أذنت له بالإدانة، وأنه ملكك للحال؛ لجواز أن يكون أذن بالإدانة، ثم نهى عنها، فمتى حلف على الإذن لا يمكنه أن يحلف، فيقضى عليه، فيتضرر به.

١٤٦٧٠- وإن ادعى غريم الميت إيفاء الدين إلى الميت، يحلف الورثة بالله ما يعلم أن أباهم قبض هذا المال، ولا شيئًا منه، ولا يرى إليه من القاضى.

١٤٦٧١- إذا حلف المدعى عليه بالطلاق، فنكل لا يقضى عليه بنكوله؛ لأن طريق القضاء بالنكول أن المدعى عليه بالنكول منع بدل حقه، فيُعاد إلى أصل حقه، واليمين بالطلاق ليس بدل حقه، بل هو منهى عنه شرعًا.

وعن هذا قلنا: إن القاضى إذا حلف المدعى عليه، وحلف، ثم حلفه بالله كه اين سوگند راست خوردى، فنكل عن هذه اليمين، لا يقضى عليه؛ لأن طريق القضاء بالنكول منع بدل حقه، وبالنكول فى اليمين الثانية ما منع بدل حقه؛ لأن حقه فى اليمين مرة، وقد حلفه مرة.

رجل ادعى على آخر أنك بعت منى الدار التى كانت لك، وبيّن حدود الدار بكذا، وقد سلمت الثمن إليك، وطلب من القاضى أن يأمره بتسليم الدار إليه، فأنكر المدعى عليه البيع، فحلفه القاضى، فنكل عن اليمين، وقضى القاضى عليه بالبيع بنكوله، ثم إنه قال بعد ذلك: ما قبضت الثمن، هل يسمع قوله؟ فالمسألة على وجهين، إن حلفه القاضى على نفس البيع، ولم يتعرض الثمن، بأن حلفه بالله ما بعت هذه الدار التى ادّعاها هذا المدعى يسمع قوله؛ لأنه منكر لقبض الثمن حقيقة، وجعله مقرّا بالبيع بالنكول عن البيع لا يوجب جعله مقرّا بقبض الثمن، وإن كان القاضى تعرض الثمن فى التحليف بأن حلفه بالله ما بعتها من هذا المدعى، وما قبضت ثمنها منه، لا يسمع قوله؛

لأنه كما نكل عن البيع نكل عن الثمن، فكما صار مقرّاً بالبيع، يصير مقرّاً بقبض الثمن، فلا يسمع قوله بعد ذلك أنه لم يقبض الثمن.

١٤٦٧٢- في كتاب الاستحلاف: رجل أوصى إلى رجل، وله مائة دينار، فدفعها إليه، وأمره أن يتصدق عنه بعشرين منها، ففعل، ثم إن الورثة خاصموا الوصي عند القاضي، وادّعوا أن المتروك من الميت كان مائة، وأنكر الوصي ذلك، فأرادوا تحليفه، فالقاضي يحلفه بالله ما لهم قبلك من تركة أبيهم إلا ثمانين ديناراً، ولا يستحلفه بالله لم يترك أبوهم مائة دينار؛ لأنه قد ترك مائة دينار، وكذا لا يستحلف بالله ما ترك أبوهم إلا ثمانين؛ لأنه ترك أكثر من ثمانين، ولكن يستحلفهم على نحو ما بيّنّا، ثم ذكر بالله ما لهم قبلك؛ لأن كلمة عند تستعمل في الأمانات، وكلمة على تستعمل في الديون، وكلمة قبل تعم الأمرين، فيكون ما لهم قبلك ما لهم في يدك، أو في ذمتك من تركة أبيهم إلا ثمانين ديناراً.

١٤٦٧٣- رجل ادّعى على آخر شيئًا من العروض والداراهم والدنانير والضياع[1]، وأنكر المدعى عليه ذلك كله، فالقاضي يجمع الكل، ويحلفه يمينًا واحدة، ذكره في الفتاوى، وسيأتي بعض مسائل اليمين في فصل المتفرقات.

١٤٦٧٤- قال في "أدب القاضي": ولو أن رجلا اشترى من آخر جارية أو شيئًا، وقبضها، ثم إن رجلا آخر ادعى أنه اشترى ذلك من البائع قبل أن يشتريه هذا منه، وقدم هذا المشتري إلى القاضي، وأراد تحليفه، فالقاضي يحلفه على العلم بالله ما تعلم أن هذا اشترى من هذا البائع قبل شراءك إياها منه؛ لأنه يدعي عليه سبق تاريخ شراءه، وهو لو أقر بذلك يلزمه، فإذا أنكر يستحلف رجاء النكول، ولكن يحلف على العلم؛ لأن هذا تحليف على فعل الغير، فإن عرض المدعى عليه للقاضي، وقال: إن الرجل قد يشتري شيئًا، ثم ينتقض البيع بينهما بإقالة أو غيره، ولا يمكنه أن يقر مخافة أن يلزمه شيء، فالقاضي يحلف المدعى عليه بالله ما تعلم أن بينهما شراء قائم في الساعة في هذه الجارية، وهذا لأن المدعى عليه لما عرض للقاضي فقد طلب من القاضي أن ينظر له، فينظر له.

---

(١) هكذا في الأصل وظ، وكان في م: الصناع.

حكى عن القاضى الإمام ركن الإسلام على السعدى رحمه الله : أنه قال : تمام النظر فى أن يحلفه بالله ما هذا الشىء لهذا المدعى من الوجه الذى يدعى ، ثم ما ذكر فى "أدب القاضى" : إنما يتأتى على قول أبى يوسف رحمه الله ، فأما على ظاهر الرواية فالتحليف على كل حال على ما مرّ -والله أعلم- .

***

فهرس المحتويات

الفصل السادس والعشرون
في استئجار الدواب ٣
الفصل السابع والعشرون
في مسائل الضمان بالخلاف والاستعمال والضياع
والتلف وغير ذلك ٧
نوع منه: ٧
نوع آخر: ٩
نوع آخر: ٢١
الفصل الثامن والعشرون
في بيان حكم الأجير الخاص والمشترك ٣٨
النوع الأول: في بيان الحد الفاصل بين الأجير المشترك والخاص
وبيان أحكامهما: ٣٨
نوع آخر في الحمال ومكاري الدابة والسفينة: ٤١
نوع آخر في النسّاج والخيّاط: ٤٧

نوع آخر: مسائل الحمام: ٤٩
نوع آخر في البقار والراعي والحارس: ٥١
نوع آخر في القصّار وتلميذه: ٦٦
نوع آخر في المتفرّقات: ٧٢
مما يتصل بهذا النوع: ٧٣
مما يتصل بهذا النوع: ٧٣
مما يتصل بهذا النوع: ٧٤
مما يتصل بهذا: ٧٦
الفصل التاسع والعشرون
في التوكيل في الإجارة ٧٨
.... ٨٤
القصل الثلاثون
في الإجارة الطويلة المرسومة ببخارى ٨٤
جئنا إلى الأوقاف: ٨٧
نوع آخر من هذا الفصل: ٨٩
نوع آخر: ٩٠
الفصل الحادي والثلاثون
في اللفيف ٩٣
الفصل الثاني والثلاثون
المسائل التي هي في معنى قفيز الطحان ٩٦
الفصل الثالث والثلاثون
في الاستصناع ٩٨
الفصل الرابع والثلاثون
في المتفرّقات ١١٦

كتاب القضاء ١٤٣
الفصل الأول
فى بيان من يجوز له تقليد القضاء منه ١٤٥
الفصل الثانى
فى الدخول فى القضاء ١٤٨
الفصل الثالث
فى ترتيب الدلائل للعمل بها ١٥٠
الفصل الرابع
فى اختلاف العلماء فى اجتهاد الصحابة فى زمن رسول اللّه ﷺ ١٥٨
الفصل الخامس
فى التقليد والعزل ١٥٩
الفصل السادس
فيه بعض مسائل التقيد، وما يقع القاضى بنفس وحكم السلطان والأمراء ١٦٥
الفصل السابع
فى جلوس القاضى ومكان جلوسه ١٦٨
الفصل الثامن
فى أفعال القاضى وصفاته ١٨٠
الفصل التاسع
فى رزق القاضى وهديته ودعوته وما يتصل به ١٨٦
مما يتصل بهذا الفصل فصل الرشوة: ١٩٠
الفصل العاشر
فى بيان ما يكون حكمًا، وما لا يكون حكمًا وما يبطل به الحكم بعد وقوعه
صحيحًا، وما لا يبطل ١٩٤
الفصل الحادى عشر

في العدوى، وتسمير الباب والهجوم على الخصم، وما يتصل بذلك ١٩٩

الفصل الثانى عشر

فيما يقضى القاضى بعلمه، وما لا يقضي فيه بعلمه، وفى القضاء بأقل من اثنين . . ٢٠٨

الفصل الثالث عشر

فى القاضى يجد فى ديوانه شيئًا لا يحفظ وفى نسيانه قضاءه

وفى الشاهد يرى شهادته ولا يحفظ ٢١٢

الفصل الرابع عشر

فى القاضى يقضى بقضية ثم يبدو له أن يرجع عنه وفى وقوع القضاء بغير حق . . . ٢١٦

الفصل الخامس عشر

فيما إذا وقع القضاء بشهادة الزور ولم يعلم القاضى به ٢١٨

الفصل السادس عشر

فى القضاء بخلاف ما يعتقده المحكوم أو المحكوم عليه ٢٢٤

الفصل السابع عشر

فى أقوال القاضى، وما ينبغى للقاضى أن يفعل وما لا يفعل ٢٢٨

الفصل الثامن عشر

فى قبض المحاضر من ديوان القاضى المعزول ٢٣٥

الفصل التاسع عشر

فى القضاء فى المجتهدات ٢٤٥

الفصل العشرون

فيما يجوز فيه قضاء القاضى وما لا يجوز ٢٦٨

مما يتصل بهذا الفصل: ٢٧٨

الفصل الحادى والعشرون

فى الجرح والتعديل ٢٨٠

الفصل الثانى والعشرون

فيما ينبغي للقاضى أن يضعه على يدى عدل، وما لا يضعه ٣٠٦

الفصل الثالث والعشرون

فى الرجلين يحكمان بينهما حكمًا ٣١٦

الفصل الرابع والعشرون

فى كتاب القضاة إلى القضاة ٣٣٥

الفصل الخامس والعشرون

فى اليمين ٣٧٩